جامعة التكوين المتواصل

السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

مـادة:

القانون الإداري

المعامل: 03 **الأرصدة:** 07

أستاذ المادة : صدارة محمد

ينطلق من التطور التاريخي لظهوره في فرنسا والمدارس التي ساهمت في تطوره كمدرسة المرفق العام والسلطة العامة إضافة إلى التنظيم الإداري بمحتويات المركزية واللامركزية وإسقاطاتها على الهيئات الإقليمية والمصلحية.

أهداف المادة :

يهدف المقياس إلى إدخال ازدواجية القوانين في مفاهيم الطلبة قانون عام وقانون خاص والتمكن من تحديد أنظمة القانون الإداري أي المركزية واللامركزية

Djelfa 2021


بسم الله الرحمن الرحيم

المقطع الأول

الظاهرة الإدارية و القانون الإداري عموما

أولا : الحدث التاريخي

لقد كان لتكريس مبدأ الديمقراطية نشوء الأنظمة الدستورية الكبرى المعروفة اليوم و هذا ما أنجر عنه في فقه القانون العام عدة توجهات نظرية بداية بنظرية سيادة الأمة و هو أن الحكم لا يكون للملك و من شابهه و إنما الحكم للأمة و لهذه الدولة الحق الكامل في تحديد من يمثل الأمة هل هم الأعيان ؟ هل هم الذين يتم مبايعتهم ؟ إلا أن تطبيق هذه الفكرة التي تبلورت في نظرية سيادة الأمة كانت مستحيلة و الاستحالة تكمن في انتفاء و تحديد من يمثل الأمة مع صعوبة تجزئة السيادة انطلاقا من مبدأ الأمة إلا أن هذه النظرية استعانة بنظرية جديدة تمكن من تطبيق مسالة السيادة و هي نظرية سيادة الشعب و هنا يظهر جليا مفهوم رغبة و إرادة الشعب في اختيار من يمثله في الحكم لان السيادة من منظور مبدأ الشعب يمكن تجزئتها و هذا ما ولد فكرة الانتخاب الذي يجعل الجميع يشارك عن طريق الاقتراع في اختيار من يمثلهم كحاكم.

ـ لقد بقي المشكل منصب حول الحاكم فالحاكم لا يعد شخصا مجردا في القانون و إنما هيئة و لها نظام و عندما استوردت دول أوربا نظرية سيادة الشعب فقد اتفقت كلها عليها لكنها اختلفت في تحديد طبيعة الحاكم و هو الشيء الذي فجر اختلاف أنظمة الحكم فجاء نظام يعتمد على استحداث مجلس سمي فيما بعد بالبرلمان و أصبح يسمى نظام الحكم بالنظام البرلماني الذي يعتمد على سيادة الشعب في اختيار ممثليه الذين يمثلونه على مستوى البرلمان يراقب رئيس مجلس الوزراء(النموذج البرلماني).

ـ و إذا كان في بريطانيا ازدهار للبرلمان ففي الولايات المتحدة الأمريكية لا يظهر ذلك بل تتقلص سلطة البرلمان تحت الصلاحيات القوية لرئيس الجمهورية و إذا كان النظام الذي هو موجود في بريطانيا يسمى النظام البرلماني فالنظام الموجود في الولايات المتحدة الأمريكية يسمى بالنظام الرئاسي و هذا لا يتنافى مع مبدأ سيادة الشعب كوننواب البرلمان في النظام الرئاسي و رئيس الجمهورية في النظام الرئاسي كلهم ينتخبون إلا أن هناك من الدول من مزج بين النظامين فلا هو نظام برلماني و لا هو نظام رئاسي بل هو نظام شبه رئاسي الذي يعتمد على برلمان له صلاحيات و رئيس له صلاحيات و لعدم تداخل هذه الصلاحيات استحدث القضاء الدستوري و منه السلطة القضائية وسمي

بمبدأ استقلالية السلطات فيه ويبدوا أن فرنسا اعتمدت بشكل ملفت للانتباه هذا النظام الأخير .

ـ إن النظام الأخير المتمثل في النظام الشبه رئاسي حقيقة يعتبر من بين الأنظمة الثلاث التي تنظم علاقة الحاكم بالمحكوم و هي أنظمة التي فرقت في طبيعة الدساتير من المنظور السياسي فنجد الدستور ذو النظام البرلماني ووجود دستور يسمى بدستور من طبيعة النظام الرئاسي و أخيرا دستور من طبيعة النظام الشبه رئاسي .

فالدستور الذي يعتبر العامل المشترك بين الأنظمةالثلاث و الذي ارتبط بنظريتي سيادة الشعب و الأمة و هو الذي ينظم علاقة الحاكم بالمحكوم نجد أن أغلبية أحكام الدستور تكرس حقوق الحاكم أكثر من حقوق المحكوم و هذا الشيء راجع لكون الشعب من خلال الدستور فوض الحاكم لتسيير شؤون البلاد و هذا ما يجعله تنازل عن كثير من الحقوق لصالحه إلا أن هذا لا يعني عدم وجود ردع للحاكم فلطالما القضاء الدستوري يعمل على رقابة دستورية القوانين التي تأتي من البرلمان بل و يلغي غير الدستورية منها بأحكام لها الطابع القضائي.

إنه و بالإضافة إلى وجود القضاء الخاضع للسلطة القضائية الذي يحاكم الحاكم (السلطة بمفهوم L'autorité) أمام القضاء الذي يعمل كما يعمل القضاء الدستوري عندما يلغي التشريعات فالقضاء يلغي التنظيمات يعني القضاء في النهاية هو أداة ردع للسلطة التنفيذية لان هذه الأخيرة هي المعنية بإصدار التنظيمات (اللوائح) كون أن التشريع عمل برلماني لا يبطأ إلا القضاء الدستوري (السلطة التشريعية هذه النقطة بالذات اعتبرت من النواة الأولى لبروز الظاهرة الإدارية على اعتبار أن السلطة التنفيذية تستطيع أن تعبر على إرادتها من خلال اللوائح و هو العمل الذي يقوم به أي مواطن عندما يعبر عن إرادته باللفظ و الكتابة و الإشارة المتداولة عرفا و بالاتخاذ موقف لا مجال للشك فيه فيمكن للقضاء أن يبسط رقابته على اللوائح المعبرة عن إرادة السلطة التنفيذية كما يبسط رقابته بنفس الطريقة على التصرفات المعبر عنها من قبل الموطن و في النهاية يمكن للقضاء أن يتعامل مع هذه اللوائح فيبطل غير الشريعة منها و يعوض الضار منها هذا القضاء تابع للسلطة القضائية و الذي يقوم بمحاكمة السلطة التنفيذية تم استبعاده في فرنسا بشي ملفت للانتباه بحجة أن القضاء عندما يعدل أو يلغى أو يلزم

بالتعويض على السلطة التنفيذية و كان السلطة القضائية تدخلت في أعمال السلطة التنفيذية .

إلا أن كثير من الدول لم تعر لهذا التفكير أي أهمية بدليل استحالة فصل السلطات عن بعضها و كمثال وزير العدل الذي يشرف على السلطة القضائية هو عضوا في السلطة التنفيذية باعتباره عضوا من أعضاء الحكومة ، و يبقى نشوء الظاهرة الإدارية عامل مشترك لم تختلف فيه كل الدول و هي منبثقة من وجود جهاز تنفيذي يعمل على إدارة المصالح العامة انطلاقا من تنفيذ قوانين الجهاز التشريعي و من رقابة الجهاز القضائي بل و أن الظاهرة الإدارية أصبحت معيار يستشهد به تبيان درجة قوة الدول فعوض أن يقال أل.و.م يقال الإدارة الأمريكية .

ـ و هكذا فان الظاهرة الإدارية أوسع من الظاهرة التشريعية (السلطة التشريعية) لأنها لا تكفي بسن القوانين في دورات محددة للبرلمان و بعد استنفاذ جميع الأشغال و الأعمال من اقتراحات و توصيات الذي يجعل من التشريع آلة ثقيلة و بطيئة كما أنها أوسع من الظاهرة القضائية لأنها ظاهرة جاءت لمعالجة النزاعات في حين أن الظاهرة الإدارية تقوم بالوقاية من النزاعات ثم أن و اعتمادا على مقولة العالم الألماني ((جينلاك)) {أن العمل الإداري أوسع من العمل التشريعي و القضائي لأنه لا يمكن تخيل دولة دول سلطة تنفيذية إلا انه لا يمكن يخيل دولة دول سلطة تنفيذية إلا انه يمكن تخيل دولة دون سلطة تشريعية و دون سلطة قضائية }

ـ عندما لاحق في الأفق الظاهرة الإدارية تلقاها الفرنسيون بنظرة أخرى تتمثل في منع رقابة القضاء على الظاهرة الإدارية لان ذلك يؤدي إلى الإساءة لمبدأ عدم تدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التنفيذية و كرس ذلك في قانون المنع الذي صدر في نهاية القرن 19 الذي يمنع القضاء من محاكمة الإدارة و ما تنتجه من ظواهر إدارية و كان البديل نشاء جهاز قضائي أخر مستقل عن السلطة القضائية قمة هرمه ليست محكمة النقد الفرنسية (في الجزائر تسمى المحكمة العليا) بل قمة هرمه مجلس الدولة الذي يحق له محاكمة الإدارة و ما تنتجه من ظواهر و هذا ما دفع مجلس الدولة إلى العزوف عن تطبيق قوانين السلطة القضائية و إطلاق شرارة الاجتهاد في كل محاكمة إدارية و منذ نهاية القرن 18 و الاجتهادات تتراكم في ساحة مجلس الدولة إلا أن سميت هذه الاجتهادات بالقانون الإداري .

ـ اعتبارا من ظهور الدولة بالمقاييس القانونية و السيادة الاجتماعية في وقتنا و أيام تشكل الأنظمة التي انتهجتها هذه الدول فان مسالة علاقة الحاكم بالمحكوم ظهرت في قالب جديد تتحكم فيه الأنظمة الديمقراطية الثلاث الكبرى : النظام البرلماني و النظام الرئاسي و النظام شبه رئاسي و التي توحدت كلها في معنى و مفهوم الحاكم الذي يتجسد في ثلاثية السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية المعلن عنها في النصوص الدستورية و التي لا تختلف عن الدستور كوثيقة نابعة من سيادة الأمة و سيادة الشعب ، و بدون الدخول في المناقشات الدستورية فان الاكتفاء بمشروع الدولة الذي تصنفه هذه السلطات كل على حدا فالسلطة التشريعية التي تسند لقوانين و السلطة التنفيذية التي تنفذ القوانين ، و السلطة القضائية التي تفصل بموجب هذه القوانين .

ـ و انطلاقا مما أدلي به رجال القانون لما لاحظوا ازدهار السلطة التنفيذية في مقابل تراجع السلطتين المتبقيتين اعتبارا من :

1- إن كانت السلطة التنفيذية تنفذ القوانين فان صلاحياتها أكثر من ذلك و تتمثل في قواها في السلطة التنظيمية التي تستمد من السلطة المعيارية للقائم عليها (رئيس الجمهورية) و هذا انطلاقا من الدستور الجزائري الذي نص في مادته 125 يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في مجالات غير مخصصة للتشريع) و هي المادة المستمدة من الدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي نص في مادته 37 بنفس الشيء و كثيرا من دساتير الدول الأخرى و هذا ما فجر آلة قانونية بيد السلطة التنفيذية لها من القوة و الاتساع ما يفوق النصوص التشريعية يضاف إلى ذلك سلطة رئيس الجمهورية في إصدار الأوامر ذات الطابع التشريعي و حقه في اللجوء إلى إرادة الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء دون المرور بالسلطة التشريعية و هذا ما أدى إلى ازدهار السلطة التنفيذية في مقابل تدهور السلطة التشريعية ، كما انه بالمقارنة مع السلطة القضائية فان هذه الأخيرة لا تبدوا بحالة جيدة اعتبارا من أن وزير العدل كعضو من أعضاء السلطة التنفيذية هو الذي يشرف عليها و رئيس الجمهورية هو قاضي القضاة و القاضي الأول في البلاد و هو الذي يعين القضاة بموجب مراسيم

ـ و هكذا نجد أن ما تبرر مقولة الأستاذ الألماني جينيلاك انه لا يمكن تصور دولة دون سلطة تنفيذية وإنما يمكن تصور دولة دون سلطة تشريعية و دون سلطة قضائية ، ذلك أن المبادرة بالتشريع من قبل السلطة التنفيذية أقوى على حساب السلطة

التشريعية و ذلك لان القضاء مرده السلطة التنفيذية كما و إن غياب السلطة التشريعية التام عرف عندما تنعدم الاستمرارية الدستورية في بلد معين و هكذا فان عدم الاستمرارية الدستورية الأولى التي حدثت في الجزائر بموجب أمر 10 جويلية 1965 المتعلق بالتصريح الثوري و المتضمن إلغاء دستور 63 قطعيا الاستمرارية الدستورية 11 سنة في الجزائر وكان رئيس الجمهورية في غياب السلطة التشريعية يصدر الأوامر ذات الطابع التشريعي و التنظيمي في آن واحد و هنا تتحقق رؤية جينيلاك في تخيل دولة دون سلطة تشريعية كما وان بعد الاستمرارية الدستورية الاستفتاء على دستور 1976 في الجزائر سرعان ما انقطعت بإعلان المجلس الأعلى للأمة سنة 1992 و بظهور المجلس الأعلى للدولة كسلطة تنفيذية لم تظهر السلطة التشريعية لان البديل كان المجلس الانتقالي و تراجعت السلطة القضائية عند تأسيس المجالس القضائية الخاصة و هنا تتحقق رؤية جنيلاك للسلطة القضائية

ـ من الكل الزوايا التي تناولتها نجد أن السلطة التنفيذية هي محور الدولة الأساسي و أن كانت لا تنشط في تبيين القوانين بمظهر تشريعي و لا تنشط في إصدار الأحكام بمظر قضائي بل أنها تنشط بمظهر إداري هي التي أسست لميلاد الظاهرة الإدارية و هذا ما يجعلنا نمضي الوصف الإداري للسلطة التنفيذية و ما يجعلنا نحصل الظاهرة الإدارية فيها فقط .

ـ إن امتيازات السلطة التنفيذية غير محددة و من ثم يطرح تساؤل عن ماهي ضمانات مشروعية ما تقوم به إذا كان في الوثيقة الدستورية حقوق للسلطة التنفيذية تجعل من باب أولى طرح سؤال أخر حول واجباتها هاذين السؤالين لم يتم الإجابة عليهما إلا بعد ميلاد القانون الإداري الذي اعتبر الضمانة للفرد في مواجهة امتيازات السلطة التنفيذية كما يحمل في محتواه واجبات السلطة التنفيذية و هو الذي يجعلنا ندخل في مسالة علاقة الظاهرة الإدارية بالقانون الإداري التي تتعرف عليها من خلال مبحث أول : الظاهرة الإدارية و القانون الإداري عموما و المبحث الثاني : الظاهرة الإدارية و القانون الإداري في الجزائر.

ليس دائما أن تكون هناك علاقة بين الظاهرة الإدارية و القانون الإداري كون أن الكثير من الدول لم تعترف بهذا الأخير بسبب عدم تخصص قانون يحاكم الإدارة و هذا ما يسئ إلى مبدأ مساواة الجميع أمام القانون و اكتفوا بالظاهرة الإدارية ضمن إطار علم الإدارة

العامة الذي يعتبر فن إدارة شؤون الدولة و علم يبين كيفية إشباع حاجيات الأفراد من خدمات الإدارة و مؤسساتها و هو الاتجاه الذي اعتمدته الدول الانجلوسكسونية (المملكة المتحدة ، الو. م. ا ...)

– في حين أن على طاولة الحكم في فرنسا لم يكن يهمهم إلا انشغال واحد يتمثل في إحقاق لضمان استقلالية السلطة التنفيذية عن القضائية هذه الأخيرة التي تسأل هذا المبدأ عندما تحاكم الإدارة بإلغاء قراراتها غير المشروعة أو بالتعويض عن أضرارها الشيء الذي يؤكد تدخل السلطة القضائية في السلطة التنفيذية و هو ما يفرض وجود قانون إداري يطبقه جهاز مستقل عن السلطة القضائية .

يتأكد في التاريخ الفرنسي الدستوري انه إعمالا بمبدأ استقلالية السلطات و هو الذي يضمن الإعلان المتعلق بحقوق الإنسان و المواطن الذي جاء مشعا من الثورة الفرنسية يعد مكسب لا يمكن هدره و من ثم وجب الإعمال به الشيء الذي دفع إلى إصدار القانون الشهير الأول المتمثل في قانون المنع الذي جاء في نهاية القرن التاسع عشر وصدر في فرنسا ما يمنع قضاة السلطة القضائية كلهم من الفصل في القضايا ذات الطبيعة الإدارية و بالتالي لم يراعا إلى مشكل متى تكون القضية ذات طبيعة إدارية بل أن المشكل كان من يتول الفصل في القضايا هذه مادامت محاكم و مجالس فرنسا ممنوعة من الفصل فيها .

- فقانون المنع شكل الشرارة الأولى لتحول الظاهرة الإدارية إلى القانون الإداري و ذلك عندما تم منع القضاء (الذي كان يتمثل فقط في جهات القضاء العادي) من الفصل في النزاع ذو الطابع الإداري فيما أوكلت الإدارة نفسها القيام مقام القضاء في الفصل في هذه النزاعات بعد أن يرفع المتقاضي دعواه أمام الجهة الإدارية التي ترأس الجهة مصدر النزاع او الجهة التي تمارس سلطة وصائية على الجهة مصدر النزاع ففي المثال المتعلق بالحالة الأولى إذا كان مصدر النزاع من مدير مؤسسة فالدعوى ترفع إلى رئيس المدير العام لهذه المؤسسة أما المثال الثاني إذا كان النزاع مصدره البلدية فان الولاية (في فرنسا المحافظة) و هذا ما يبين أشخاص ذات طابع تأسيسي مؤسسات إدارية و أشخاص ذات طابع تجمعي (الجماعات المحلية) إلا أن هذه الفترة التي مر بها تطور القانون الإداري في فرنسا لم تسلم من سهام النقد لكون انه لا يعقل أن تكون الإدارة خصما و

حكما في آن واحد مما دفع الكثير من رجال الفقه إلى تسميتها بالمرحلة غير المنطقية (الإدارة القاضية).

للخروج من هذه الورطة أعلن رسميا في دستور الجمهورية الأولى الفرنسية على إنشاء جهات القضاء الإداري متمثلة في كل من مجلس الدولة في باريس العاصمة و كذا محكمة التنازع في نفس المنطقة الشيء الذي جعل التقاضي ينفصل عن المحاكمات الإدارية و يتحول إلى محاكمات قضائية يتمكن خلالها مجلس الدولة فضلا عن دوره في الرقابة على السلطة التنفيذية و دوره الاستشاري في اقتراح القانون من السلطة التي على البرلمان و ما يصدره من أراء استشارية في مدى مطابقة هذه النصوص للدستور كونها لم تصبح تشريعية بعد فانه يقوم بالفصل في النزاع الإداري بأول و آخر درجة و منذ نهاية القرن 18 حتى وسط القرن 20 تحدد النظام القضائي الفرنسي و تحديدا في سنة 1953 بإنشاء المحاكم الإدارية التي تفصل بأول درجة في النزاعات الإدارية مع احتفاظ مجلس الدولة بسلطة الفصل كدرجة ثانية ثم يتكون التعديل الثاني للنظام القضاء في فرنسا 1987 المتمثل في إنشاء المجالس القضائية الإدارية ليتغير توزيع الاختصاص و تصبح المحاكم الإدارية تفصل بأول درجة و المجالس القضائية بدرجة الاستئناف و يبقى مجلس الدولة يفصل في نقض قرارات المجالس القضائية الإدارية و هكذا تكتمل جهات القضاء الإداري في فرنسا هيكليا و بشريا من قضاة إداريين متخصصين و منذ بداية تكون هذا النظام المتمثل في جهات القضاء الإداري كان يفصل في النزاعات في كل المستويات دون أن يستعمل القوانين المحجوزة لجهات القضاء العادي و ذلك بغياب النصوص التي يفصل بموجبها الشيء الذي فرض عليه الاجتهاد القضائي و من بداية القرن 18 و بداية تشكل جهات القانون الراداري تراكمت الجهات القضائية تبعا و تم تسميتها بالقانون الإداري .

ثانيا : الحادث القانوني

إن انتقالنا من الظاهرة الإدارية إلى الظاهرة قانونية على أكتافالفقه الفرنسي وضعت حقيقة وجود قانون إداري يختلف عما كان موجودا و محصورا فيما يسمى بالظاهرة الإدارية و مما ذكر أعلاه كان الاجتهاد سابقا في بداية تشكل القانون الإداري في فرنسا و لم يساهم في تكوينه إلا عندما وصل إلى درجة اعتباره الاجتهاد القضائي .

لا تكتفي بالاجتهاد حيث بدأت حركة تشريعية في القانون الإداري مثل : تقنيين الصفقات العمومية مثل : تقنيين البلدية و الولاية و غيرها من التقنيات التي ساعدت القضاء الإداري في الفصل في المنازعات انطلاقا من هذه القوانين و عندما تتكل عن المثال الأول الصفقات العمومية فقد نظمت منذ نشوء القانون الإداري انطلاقا من قانون الإشغال العمومية و تغير بتغير أهداف الإدارة في تلقي الخدمات أو التوريدات فضلا عن الأشغال العامة و أصبح يعبر في النهاية بما يسمى بالصفقة العمومية كأحد العقود الإدارية التي نضمها القانون الإداري أما في المثال الثاني تقنيين البلدية و الولاية (في فرنسا المحافظة) فقد نشا انطلاقا من مبدأ التقسيم الإقليمي للدولة إلى جماعات محلية أساسها وجود مجالس منتخبة لديها واجبات و حقوق و لو أن بالنظر إلى وجوب أن لا يتعارض و الطابع الجمهوري للمداولة إلا انه يجب تنظيمها بقانون يراقبها و يجعلها مرتبطة بالإدارة المركزية كي تحافظ على ارتباط الدولة .

ـ إذا يبدوا أن الحادث القانوني و الحادث التاريخي شكلا المسار الذي يتنامى فيه القانون الإداري .

المقطع الثاني

خصائص القانون الإداري

للقانون الإداري خصائصه الثلاثة التي كانت متسببة ولازلت في وضع مفهوم شامل لهذا القانون وهي التالية :

1/القانون الإداري قضائي المنشأ :

فإذا كانت القوانين تسنها السلطة التشريعية و تساهم س ت بتنفيذها وفي تنظيم المجالات التي لم تشرع فيها الأولى ، فهذا الطرح لا ينطبق مع خصوصية ق إ د الذي خلافا لجميع التقنيات التي ساهمت في تنظيم حياة الفرد و منعت بان تساهم في تنظيم الحياة الإدارية تلك التي وصفت بالتشريعات و اللوائح التنفيذية لها ، بل وان القضاء الطبيعي لها وهو القضاء الإداري منع منذ نهاية القرن 19 من الفصل بموجب هاته التقنيات ولم يكن لهذا الأخير ولم يضع في حسبانه انه ينشا قانونا إداريا إلا أن يكيف القضايا المطروحة أمامه التي في جلها الإدارة طرفا فيها إما كيفها على أنها قضايا إدارية وعلى اعتبار انه ممنوع من استعارة التقنيات العادية و تطبيقها على هذه القضايا الإدارية فقد اجتهد بصنع قواعد يحكم بموجبها منذ نهاية القرن 19 إلى غاية اليوم وهو يعمل على صناعة هاته القواعد والتي ببساطة نعرفها اليوم باسم القانون الإداري .

2/القانون الإداري حديث المنشاة:

و بمقولته الشهيرة لا يمكن تخيل دولة بدون سلطة تنفيذية و لكن يمكن تخيلها دون سلطة تشريعية و قضائية و المثال الجزائري في مرحلة أمر 1965/07/10م إلى غاية دستور76 لم تكن هناك سلطة تشريعية بالمعنى العضوي للكلمة ، وفي مرحلة إعلان المجلس الأعلى للأمن 1992 إلى غاية دستور 96 تدهورت و استبدلت السلطة القضائية بل حلت محلها أجهزة منشاة من السلطة التنفيذية انطلاقا من المراسيم التشريعية الصادرة من المجلس أعلى للأمن و المتضمنة إنشاء مجالس القضائية الخاصة و باستبدالها بالمثال الجزائري يمكن القول بصحة المدرسة الألمانية التي تطرق إليها *الطماوي* في كتابه القانون الإداري مشيدا بالعمل الإداري الذي اعتبره أقدم من العمل التشريعي والقضائي مسند إلى نفس المدرسة بما أن السلطة التنفيذية كافية لاستمرارية بل ان السلطة الأمريكية في الدراسات الدستورية الإدارية ومن خلال الأستاذ *قابريا لالموند وجورج*

بالوندي أصحاب النهج الوظيفي اللذان حللا السلطة تحليلا وظيفيا واعتبراها تلك السلطة التي تقوم بحكم الشعب مشيرين إلى أنها السلطة التنفيذية ولا غيرها تسير في نفس الاتجاه مع المدرسة الألمانية وهذا ما ذكره الأستاذ *حسن ملحم* في كتابه المتعلق بالتحليل الوظيفي للسلطة سنة 1993 مشيرا إلى علم الاجتماع السياسي وعلى هذا فان رؤية القانون الإداري حديث النشأة من الزاوية الفرنسية ليس هو من الزاوية الألمانية و الأمريكية اللتان تريان في الإدارة أقدم سلطة ضمن السلطات الثلاث كونها نواة السلطة ت فهي أقدم من ش و ق .

<u>3/ القانون الإداري سريع التطور :</u>

يكفينا هنا أن نذهب إلى مدرسة الفقيه جيني المنضمة إلى مدرسة الفقيه دوجي (مدرسة الفقه العام) والتي فيها ساهم بإرساء القواعد الذهبية الثلاث للمرفق العام .

المرفق العام كقاعدة أولى مجاني والمرفق العام مستمر وهو متكيف ومتحول ولما كان المرفق العام بهذا الوصف الأخير لا يمكن ضبطه لارتباطه بفلسفة الدولة التي قد تصنع مرافق تراها وقت إدارية وفي وقت آخر غير إدارية ونحن أي من المرفق العقاري الذي كان قبل 1991 في الجزائر إداريا وبعد 1991 تحول في صلب المشروع المتعلق بالترقية العقارية إلى دواوين ترقية و تسيير عقاريين والتي اعتبرت مرافق اقتصادية تجارية بعيدة عن كونها إدارية فلا هي بمشاريع دولة ولا هي بمشاريع عامة ولا تهدف إلى مصلحة عامة كونها تهدف إلى مصالح تجارية واقتصادية التي يغطي فيها الربح .

فتقلبات المرفق العام المستمرة والمتكررة تفرض تسارعا في تغير قواعد القانون الإداري ليواكب هذه التقلبات و انطلاقا مما سبق تعد هذه الخصائص الأعمدة الثلاث للقانون الإداري وهي التي ساهمت في بناء مفهوم هذا القانون لكن تبقى إشكالية فصله عن القانون العادي .

المحاضرة الثالثة

استقلالية القانون الإداري عن القانون العادي

ظهرت إشكالية فصل ق إد عن القانون العادي منذ نشأة القانون الإداري في حد ذاته لان قصور عمل مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر المدافع عن اختصاصه في القضايا الإدارية و الساهرة على رقابة الإدارة عملان لا يكفيان على الإطلاق في صناعة القانون الإداري في ظل تنافس شديد بينه و بين القضاء العادي وان القضية التي أبرزت حدة هذا التنافس هي قضية بلانكو بالرجوع إلى مصنف القرارات الكبرى لمحكمة التنازع الفرنسية تم التطرق إلى هذه القضية التي لولا نشوء محكمة لما تم القضاء على هذا التنافس وعلى نشوئها كان وقائيا على اعتبار أنها تفصل في تنازع الاختصاص الإداري (مجلس الدولة)والقضاء العادي إلا أن نشوءها في الجزائر كان احتياطيا لعدم تمكن هذه المحكمة في الجزائر منذ القانون العضوي لها سنة 1998 من اخذ دورها على اعتبار أن القاضي الإداري في الجزائر هو قاضي جميع القضايا مهما كانت طبيعتها استنادا على نص قانوني مدسوس في قانون الإجراءات المدنية وهو الشهير بالمادة 07 حيث يختص القضاء الإداري بحكم هذه المادة للفصل في جميع القضايا مهما كانت طبيعتها التي تكون الدولة والولاية و البلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها .

فان كان القاضي الإداري لا يريد أن يفهم ما إن كانت القضية إدارية أم عادية لأنه قاضي جميع القضايا فلا يحتاج على محكمة تنازع لأن هاته الأخيرة تكون عندما يكون هناك صراع بين القضايا الإدارية و العادية وخاصة أن كان في الاختصاص ، فالصراع بين القضايا الإدارية والعادية وخاصة أن كان في الاختصاص فالصراع بين هذه وتلك غير قائم في الجزائر والدليل هو التساؤل الذي نطرحه للفقه الجزائري وهو كيف استمرت الدولة الجزائرية بقاضيها الإداري منذ الاستقلال إلى غاية عضوي 98 ومنظومتها القانونية تحث على أن هناك نوعان :

منظومة القضاء الإداري والقضاء العادي فكيف استمرت بدون محكمة تنازع إلى غاية 1998 وهذا ما يطرح تساؤل هل نحن بحاجة إلى محكمة تنازع ؟

فالأطروحة الجزائرية الفقهية ترى بازدواجية القضاء ووحدة القانون من جهة كون القانون الذي يطبق على الإدارية هو القانون يطبق على الفرد (نعود إلى قاضي جميع القضايا مهما كانت طبيعتها).

و بالرجوع إلى المستندات الفرنسية كما ذكرنا إبتداءا من خلال نشأة محكمة التنازع الفرنسية وقضية بلانكو التي لم تحل إلا فيها بدليل أن القضاء العادي في فرنسا رفض الفصل فيها لان بلانكو وهي الفتاة التي تضررت من نشاط إداري اعتبرها القاضي العادي قضية إدارية على اعتبار انه حمل المسوؤلية للموظف بمناسبة وظيفته قام بإلحاق الأذى بهاته الفتاة وهو في مهمة على متن سيارة تابعة للإدارة في حين أن القضاء الإداري رفض الفصل فيها على أن الخطأ لا يمكن أن ينسب للوظيفة بل للموظف لأن الوظيفة الإدارية لا يمكن أن تتخللها الإدارة على اعتبار أن الذي يقوم بها المؤسسة الإدارية بل وان القانون المدني حمل المسؤولية المدنية لهذا الصنف من القضايا المتعلقة بمسؤولية حارس الشيء المادة 136 وما يليها من ق م فمن تولى قيادة الشيء وكانت له سلطة التوجيه والمراقبة لهذا الشيء حمل المسؤولية الإدارية ، وفي فهم القضاء الإداري مادام أن المسؤولية الإدارية فهي تعود إلى القضاء الإداري العادي .

فهذا التنازع الذي رفض القضاء العادي والقضاء الإداري الفصل في هذه القضية حل أمام محكمة تنازع و بعد صراع طويل بجهد رئيس هذه المحكمة الذي لم يرحلا إلا من خلال طلبات ممثل الحق العام (النائب العام) في محكمة التنازع الذي كتب في طلباته إلزامية تحميل المسؤولية على عاتق الإدارة طبقا لمقتضيات القانون إذ وليس القانون العادي وما كتب بالحرف الواحد :{{ أن هذه المسؤولية ليست بالعامة و المطلقة بل لها قواعد تحكمها تنسب إلى المرفق العام والتحليل أن سوء سير المرفق العام هو المتسبب في إلحاق الأذى بهذه الفتاة لا الموظف لان المرفق العام هو المتسبب في إلحاق الأذى بهذه الفتاة لا الموظف لان المرفق العام لا يحدث الأضرار بل المنافع ولان كل المنتفعين به لا يجب أن يتضرروا به ولما كان تضرر هذه الفتاة يجب تحميل المسؤولية الإدارية طبقا لمقتضيات القانون الإداري }} .

اعتبرت هذه القضية التي اكتست على استقلالية القانون الإداري هي من أولى قضايا هذا القانون التي أفرزت أهم قاعدة فيه وهي استقلالية القانون إ د عن القانون العادي واعتبر ممثل الحق العام والذي اشتهر ونسب إليه مبدأ استقلالية القانون إ د وهو

محافظ الدولة روميو من أوائل من ساهم في إرساء هذا المبدأ ومن نهج نهجه وخاصة بول بونوا الذي نشر مقالات تدافع عن ميلاد قانون جديد يختلف عن المنظومة القانونية التي عرفناها بل وأكدوا على مستقبل هذا القانون الذي سيكون حافلا بالانتصارات على اعتبار أن قضية بلانكو هي انتصار لهذا القانون .

لكن لم يدم هذا الانتصار طويلا بل سرعان ما تراجع تحت أزمات تعرض لها فقهاء القانون الإداري وهم الذين أيدوا بصفة مباشرة استقلالية هذا القانون ، إذ كان هؤلاء الفقهاء تسرعوا في الحكم على استقلاليته فان المتريثين منهم كانوا على حق وهم الذين تأنوا في فهم القانون الإداري فاتجاههم كان يعمل دون أن يقدم أحكاما مسبقة على تحليل الإحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري واكتشاف معيار الفصل بين القانونين (**ولخص الاتجاه الأول وهو المعروف بمدرسة السلطة العامة**) إلا انهلا قانون إداري حسب أحكام القضاء إلا إذا قامت الإدارة بأعمال السلطة أما في حين إذا قامت بأعمال التسيير يطبق عليها القانون العادي ، ولم يسلم هذا الاتجاه ولا هذه المدرسة من سهام النقد اعتبارا من أن التعريف بين القانون الإداري والعادي و انطلاقا من أعمال السلطة وأعمال التسيير يحتاج إلى معيار يفرق بين أعمال السلطة وأعمال التسيير وكيف يكون هذا والإدارة أحيانا تقوم بأعمال السلطة و أحيانا أخرى بأعمال التسيير وفي كثير من الأحيان تقوم في نفس اللحظة بأعمال السلطة والتسيير والمثال إيجار المرافق العامة وإيجار الأموال العامة فان تؤجر شارعا لصاحب مقهى خاص ينطبق عليه وصف العمل العادي لأنه يهدف إلى الربح (الإيجار) و ينطبق عليه وصف عمل السلطة لان موضوع الإيجار مال عام فأي وصف يؤخذ وهذا ما عجزت مدرسة السلطة العامة فيه على التفريق بين العملين واعتبر اكبر عجز بالرغم من نجاحات الكثيرة لهذه المدرسة التي ترأسها الفقيه موريس هوريو الذي ودع فيما سبق الدراسات الدستورية بعدما أعجب بميلاد ق إ أما الاتجاه المتأني الآخر فهو ما يسمى بمدرسة المرفق العام التي ظهرت منتصرة اكبر من المدرسة الأولى لان فهمها المتأني لأحكام القضاء الإداري جعلها تحكم بان لا قانون إداري إلا عندما يدور موضوع القضية مرفقا عاما و انتصار قضية بلانكوا هو انتصار لهذه المدرسة التي جذبت حولها الكثير من الفقه الذي فسر التصرفات الصادرة من الإدارة على ضوء المرفق العام على غرار قضية بلانكوا من خلال تفسير للعمل الإداري و حل لا يكون كذلك إلا حينما يظهر بالنسبة لتسيير المرفق الإداري وحل معضلة الفصل

بين أعمال السلطة وأعمال التسيير التي عجزت مدرسة السلطة العامة فيها عن الفصل بينها و اعتبر إيجار المرفق عملا إداريا لأنه صدر بمناسبة مرفق إداري يتمثل في شارع عام إلى نواة القانون الإداري بل اعتبرت من صناعة الفقيه دوجي لوحده لأنه هو السابق كونه فهم الدولة على أنها مجموعة مرافق عامة بل انه تهكم عن الكثير من أساتذة القانون الإداري اللذين يولون العناية بالأجهزة الإدارية من إتباع مدرسة السلطة العامة التي تؤكد على وجوب وجود سلطة أي وجوب وجود إدارة بل وتقتضي إصباغها بالشخصية المعنوية الإدارية ، قائلا انه لم يسبق لي تناول وجبة غذاء مع شخص معنوي ، وبالتالي هو يؤكد أطروحة المرفق العام لا أطروحة الشخص العام في حين انه لم يكن يضع في حسبانه تدهور المرفق العام منذ الأزمة الاقتصادية العالمية 1929 والتي فيها اعتبرت وظيفة الدولة الحارسة احد الأسباب المؤدية لهذه الأزمة بعد أن تدفقت البطالة بغلق المؤسسات التابعة للخواص إبتداءا من بورصة نيويورك من تلك السنة نهاية البورصات الأوربية وعالم الاقتصاد كينز الذي كان له دور عالمي في صياغة علم الاقتصاد من خلال مؤلفة ثروة الأمم أكد على ضرورة استرجاع الثروات الاقتصادية للدولة أي وجوب أن تأخذ الدولة دورها في المجال الاقتصادي وهو الشيء الذي حدث بعد أن أنشأت الدولة المؤسسات الاقتصادية والتجارية التابعة لها للخواص و أصبحت نسمح عن مرافق ليست بالإدارية بل المرافق الاقتصادية والتجارية فهل يمكن بعد كل هذا القول بان معيار المرفق العام ، المرفق العام مازال معيار يفرق بين القانون الإداري والقانون العادي مادام المرفق العام يحتاج إلى معيار يفرق بين المرفق العام الإداري و بين المرفق العام الاقتصادي و التجاري فان كانت هذه المدرسة انه لا قانون إداري إلا إذا كانت القضية مرتبطة بالمرفق الإداري فما الحل إن اكتشف أن هذا المرفق اقتصادي و أكثر من ذلك إذا ما كان ق إداري يطبق على الإدارة إذا ما قامت بتسيير مرفق العام .

الشيء الذي ولد أزمة كبرى في هذه المدرسة سميت بأزمة مدرسة المرفق العام رغم الحلول الكثيرة التي و من أشهرها ما وضعه الفقيه جورج فيدال من خلال المزج بين المدرستين في القول بان لا قانون إداري إلا حينما يسير المرفق بأعمال السلطة إلا أن الوضع المتردي جعل من الرأي العام لفقهاء ق إ د يتوحد في القول بنسبية استقلال القانون الإداري واليوم إلى غاية سنة 2004 في فرنسا يظهر صاحب أطروحة مساهمة القانون المدني في إنشاء قانون إداري و التي حصل على جائزة وزارة التعليم العالي

الفرنسية الأكاديمية و تشريعية بأطروحة الدكتوراة عن أن هناك اندماج قديم بين القانون إ د والقانون الخاص كشف عند بعد تحليله لمبدأ نسبية استقلال القانون الإداري إلى غاية سنة 2006 لم تستقر نظريته التي مازالت محل تداول بين السنة و كتابات رجال الفقه الفرنسي.

المحاضرة الرابعة

أشخاص القانون الإداري

يختلف القانون الإداري عن فروع القوانين الأخرى في مسالة أشخاصه لأنه و بالنظر للقوانين الأخرى لقد تم تحديدها عن طريق النصوص ذلك أن القانون المدني حدد أشخاصه و هم الشخص الطبيعي و حياته و الأشخاص المعنويين و القانون التجاري حدد أشخاصه بداية من التجار ثم من شركات الأموال و شركات الأشخاص و القانون الجزائي الذين يسؤلون جزائيا هم الأشخاص الطبيعيون في حين أن القانون لم يحدد اشخصا بل أن القضاء كشف على اغلب أشخاص القانون الإداري و حاول الفقه بالنظر إلى الاجتهادات القضائية فهم أشخاص القانون الإداري بالرغم من اختلاف الفقه في التفاصيل إلا انه توجد في المبادئ و ذكر الفقه بمسالة الشخصية المعنوية التي اعتبرت المال الوحيد لفهم أشخاص القانون الإداري

الشخصية المعنوية :

إذا كان القانون الخاص يتناول الشخص المعنوي و حدد عناصره و شروطه فان القانون الإداري كان في البداية رافضا لفكرة الشخص المعنوي و هذا من خلال الاتجاه الذي تزعمه "*ليون دوجي*" الفقيه المتصدر عرش فقهاء القانون الإداري القدماء و المتربع كفيه مخضرم على عرش الفقهاء الجدد ذلك أن الشخصية المعنوية بالنسبة إليه أكذوبة لا يمكن للقانون أن ينظم أشخاص ليس لهم وجود بدليل أنهم ليس لهم الطابع الذي يثبت حضورهم بل لهم طابع معنوي مجازي و يرى بان المرافق العمومية هي أحسن تعبير لفكرة المسائلة القانونية لان المرفق العام هو الذي يساءل في النهاية و ليس غيره و تهكم على الذين نادوا بفكرة الشخصية المعنوية من خلال مقولة ليون دوجي الشهيرة " لم يحصل لي أبدا أن تناولت وجبة غداء مع شخص معنوي " و يرى بان الدولة مجموعة من المرافق العامة و ليس مجموعة من الأشخاص العامة المعنوية .

إلا أن "جاز" و "بونار " خالفوا أستاذهم و هرولوا نحوى جاذبية ازدهار فكرة الشخص المعنوي آنذاك لدى رجال القانون الخاص و على رأسهم سافاتي " الذي كان له أبحاث و شروحات في القانون المدني حوب فكرة الشخصية المعنوية و اقتداء بمدرسة القانون

الخاص أعاد " جاز و بونار " تكييف و صياغة مسالة الشخصية في القانون الإداري عن طريق تحديد شروط الشخص المعنوي في هذا القانون .

شرط 1 : الاستقلال المالي و الإداري و الأشخاص المعنويون في القانون الإداري يجب أن تكون لهم استقلالية إدارية أي ممارستهم لسلطة التسيير أو بعض سلطات التسيير و كمثال لا نجد الدائرة لها استقلال إداري لأنها مصلحة خارجية عن الولاية و تخضع لهذه الأخيرة أما الاستقلال المالي فهو اقتداء بمدرسة القانون المدني التي توجب ذمة مالية مستقلة للشخص المعنوي كمثال المعهد في الجامعة ليس مستقل ماليا عن الجامعة بل الكلية هي التي تكون مستقلة ماليا .

شرط 2 :أهلية التقاضي : الأشخاص المعنويون في القانون الإداري يوجب أن تكون لهم أهلية التقاضي أي المخاصمة أمام القضاء و من يمثل الشخص المعنوي هو الذي يمثله أمام القضاء فمن يمثل البلدية أمام القضاء هو المجلس الشعبي البلدي و من يمثل الولاية أمام القاضي هو الوالي .

شرط 3:الأهلية : يجب أن يكون للشخص المعنوي في القانون الإداري الأهلية بمعنى أن يحق له قبول الهيئات و الوصايا و كذا القيام بمختلف التصرفات الإدارية و صناعة القرارات .

ـ و هذا جملة من شروط الشخص المعنوي في القانون الإداري و بالرغم من اختلاف الطعن من شخص الطعن من شخص معنوي إلا أن هناك افتراق بائن في تصنيف الأشخاص المعنوية في القانون الإداري .

ب) تصنيف الأشخاص المعنوية في القانون الإداري

1) **المدرسة التقليدية :** صنفت هذه المدرسة إلى شخصين معنوي عام و شخص معنوي خاص فالشخص المعنوي العام générale

إذا كان يتمتع بأكثر من اختصاص و إذا كان يمكن أن يستحدث هيئات إقليمية لا مركزية فإذا بإمكانه تقسيم إقليمه إلى أقاليم لا مركزية لها استقلال عضويا ووظيفي فان لهذه الأقاليم اللامركزية وظيفة الشخص المعنوي العام في حين أن الشخص المعنوي الخاص spéciale سقوط فيه إمكانية استحداث موافق لامركزية أي تخصص فيه اختصاص واحد فقط و كان لجوؤهم في معيار التميز لجوءا يتمثل في معيار اللامركزية إلا أن هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات التي حطمت المدرسة التقليدية و هي في أوج

صعودها و كان أصعب انتقاد هو عدم وجود تطابق بين اللامركزية الإقليمية و الهيئات الإقليمية ذلك لان اللامركزية الإقليمية تفرض وجود جماعات إقليمية لان الهيئات الإقليمية هي متخصصة أما فيما يتعلق باللامركزية المرفقية فهي لا توجد أساسا ذلك لان المرفق العام لا يمكن يستغل و يصبح من طبيعة اللامركزية فمن يدير المرفق العام ليس منتخب و إنما معين ذلك لان مرفق التعليم العالي يديره مدير جامعة معين من وزير التعليم العالي و مرفق الصحة العمومية يديره مدير مستشفى معين من وزير الصحة كما أن اللامركزية المرفقية تفترض من يدير المرفق الذي ينتفع به و هذا مستحيل لان الطلبة منتفعون من التعليم العالي و دون إرادته .

بخلاف أن المواطنين المنتفعين من البلدية و يمكن أن يقوموا بإرادتها عن طريق ممثليهم المنتخبين في المجالين و هذا الطرح فقط موجود في الإقليمية و لا يوجد له في اللامركزية المرفقية على حطام المدرسة التقليدية تجلت اتجاهات حديثة لإصلاح الخلل الفقهي الفرنسي و هذا بتبني اتجاه حديث .

2) المدرسة الحديثة :

تعتمد في تصنيفها للأشخاص المعنوية في القانون الإداري على نفس المعيار اللامركزية و لكن بطريقة استعمال له مختلفة ، حيث صنفت الأشخاص المرفق القانون الإداري إلى شخص معنوي ذو طابع تجمعي و شخص معنوي من النموذج التأسيسي فالشخص النموذج ألتجمعي هو الذي سمح بالتطابق بين اللامركزية الإقليمية و الجماعات الإقليمية بدل سوء تطابق اللامركزية الإقليمية و الهيئات الإقليمية فالحل وجد في الجماعات الإقليمية التي هي تعبر عن شخص معنوي له اختصاص عام يجب أن يتوفر فيه شرطين هما : شرط المظهر الاجتماعي و يتمثل المظهر الاجتماعي في وحدة الاجتماعية للجماعة الإقليمية بداية من التغيير الإقليمي المعتمد كالبلدية و الولاية و المحافظة و أقاليم ما وراء البحار سواء في الجماعات الأخرى الإقليمية التي ليس لها تقيم إداري و إنما تقسيم مهني كالأطباء و الفنانين و الحرفيين و مختلف الجمعيات الأخرى الذين ينطبق عليهم وصف واحد و مظهر اجتماعي واحد و هذا لوجوب احترام الدولة للسمات الاجتماعية المختلفة أما الشرط الثاني فيجب توفر المظهر القانوني أي اعتراف قانوني يهم من خلال نص يطرح بذلك .

أما الأشخاص المعنوية من النموذج التأسيسي : فجاءت لاصطلاح سوء التطابق بين اللامركزية المرفقية و المؤسسة الإدارية عن طريق عدم التركيز ألمرفقي البديل الذي يتطابق مع المؤسسة الإدارية كون أن المؤسسة الإدارية هي أحسن تعبير عن عدم التركيز ألمرفقي بدل اللامركزية و المؤسسة العامة هي أداة لتسيير المرافق العامة فالشرطة مؤسسة تسير الأمن العمومي و المستشفى مؤسسة تسير الصحة العمومية و يشترط أن يصدر قانوني تأسيسي لها لكي تكون أمام مؤسسة إدارية و هذا لا يكون إلا بنص قانوني و يظهر حتما أن الشخص المعنوي من النموذج ألتجمعي يختلف تماما عن الشخص المعنوي من النموذج التأسيسي إلا أنهما يتفقان في أمر واحد هو أن وجودهما مرهون بنص قانوني ينص عليهما و بالرغم من هنا شرط إلا انه و إن كان شرط لازم انه ليس كافيا لان القضاء الإداري وجد أشخاصا آخرون وصفهم بأشخاص القانون الإداري و هم أشخاص معنويون حتما و لمساءلتهم و عدم هروبهم من اختصاص القاضي الإداري من هؤلاء الأشخاص العامة ذو الطابع الاقتصادي و الإداري حينما يقومون مقام الدولة ممثلة في الإدارة في تسيير المرافق الإدارية و استعمال امتيازات السلطة أو السلطات العمومية فديوان الترقية و التسيير العقاري يعتبر شخص ذو طابع إداري إلا انه يمثل مديرية السكن في إدارة مرفق السكن و التعمير في تعمير الصفقات فانه يقوم بأعمال إدارية نيابة عنها و بالتالي يعبر شخص إداري يقوم مقامه و يصبغ بصيغته الإداري و هذا ما نص عنه القانون النموذجي المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية و الإدارية (1p1G) الصادر تحت رقم 88/01 و التي نصت في المادة 55 و 36 منه على إمكانية أن تمثل المؤسسات الاقتصادية و التجارية و المؤسسات الإدارية و على اشتراط في حالة نزاع أن تخضع للمحاكم الإدارية إلا أن الوضع في فرنسا لا يشترط فيه نص قانوني كما في الأطروحة الجزائرية لان فرنسا أخذت بمبدأ تمثيل الأشخاص العمومية الإدارية من قبل أشخاص عمومية اقتصادية و تجارية كما ظهر أيضا في القضاء ما يسمى بالهيئات الوطنية المستقلة و هي التي تعتمد على نظام المجالس الوطنية كمجلس المحاسبة و الخوصصة و غيرهم و هم أشخاص معنويون لهم الطابع الإداري فظهر أيضا ما يسمى بالهيئات الإدارية الخاصة و هي الهيئات التي نجد فيها شخص إداري يدير مرفق اقتصادي كبريد الجزائر و اتصالات الجزائر و هي تدير مرفق البريد و المواصلات فيصبغ بالصبغة الإدارية و يعتبر شخصا معنويا إداريا إلا انه في الجزائر مازال محل إشكال قضائي

ثم الهيئات ذات المصلحة المشتركة و هي العكس عن سابقتها في طبيعتها البنيوية إذ نجد جمعية حماية المستهلكين فنجد هذه الجمعية اقتصادية و لكن المرفق الإداري و يصبغ المرفق الشخص بحيث نكون أمام هيئة ذات مصلحة مشتركة تمثل شخص معنوي ذو طابع اقتصادي و تجاري و ختاما نجد بان القانون ترك للقضاء اكتشاف أشخاص آخرين و هو ما يميز القانون الإداري أن يترك للقضاء المجال واسعا في الاجتهاد.

قائمة المراجع

- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار لباد للنشر و التوزيع، سطيف، الجزائر، 2004.

- عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2001.

جامعة التكوين المتواصل
السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

مـادة:
القانون الدستوري

الرصيد : 7 **المعامل:** 03 **السداسي الثاني**

أستاذ المادة : بن مسعود أحمد **الإيميل:** a_benmessaoud@yahoo.com

من خلال هذه المادة نقدم أهم الموضوعات التي يهتم القانون الدستوري بدراستها،وكما هو معلوم فانه من خلال هذه المادة يتم التركيز على تعريف الدولة وتحديد أصل نشأتها وأصل نشأة السلطة السياسية ودراسة أركان الدولة وخصائصها والأشكال المختلفة للدول،كما يتم تسليط الضوء على النظرية العامة للدساتير وهذا من خلال عرض المفاهيم المختلفة للدستور وأنواعه،إلى جانب دراسة إجراءات وضع الدساتير وتبيان إجراءات تعديلها ومراجعتها في إطار النظرية العامة والنصوص الدستورية.

أهداف المادة :

من خلال دراسة الطالب لمادة القانون الدستوري يصبح الطالب قادرا على :

1- دراسة ظاهرة الدولة في حقيقتها، أي وضعها وتنظيمها والعلاقات بين الحكام والمحكومين .

2- معرفة مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالمؤسسات التي يتم من خلالها إنشاء السلطة أو نقلها أو ممارستها في الدولة.

3- دراسة النظرية العامة للدساتير من حيث تعريف الدستور وتحديد أنواعه و إجراءات وضعه وتعديله.

Djelfa 2021


بسم الله الرحمن الرحيم

المقطع الأول:الدولة

قبل التطرق الى الموضوعات المتعلقة بمادة القانون الدستوري خاصة المسائل التي لها صلة بأصل نشأة الدولة والنظرية العامة للدساتير تستلزم المنهجية العلمية الموضوعية الاشارة الى بعض النقاط المتعلقة بالدولة كفكرة.

المطلب الأول فكرة الدولة

ان ضرورة الانتماء الى الجماعة بهدف الاحتماء بالنظام الجماعي ، الذي من خلاله يمكن الموازنة بين مختلف القوى المتصارعة اكتشفه الانسان من خلال فطرته عبر مختلف العصور ،ذلك أن اختفاء السلطة العامة قد يترتب عنه عبثية اجتماع الأفراد على صعيد واحد ، حيث أنه سريعا ما تتحرك فيهم دوافع الغرائز الفردية وبالتالي تتحكم فيهم منهج القوة من جديد هو ما يهدد اجماعهم بالتفكك والانهيار وعلى هذا الاساس قيل بأنه لا جماعة من غير حكومة أي سلطة .

وفي داخل كل جماعة سياسية تتم التفرقة بين الحكام والمحكومين حيث لا يتصور أن يكون جميع الأفراد حكاما ومحكومين في نفس الوقت ، بل ان وجود السلطة التي تحكم وتنظم الجماعة السياسية أمر مفروض ،وبمعنى أخر تنشأ السلطة السياسية مع نشأة وظهور الجماعة ، ففي هذا المقام يمكن القول بأن السلطة السياسية ظاهرة اجتماعية في المقام الأول لأنه لا يتصور وجودها خارج الجماعة .[1]

دائما وفي هذا السياق يؤكد البعض أن كل مجتمع ومهما كانت درجة التطور التي يمر بها يوجد فرد أو مجموعة من الأفراد يملكون قوى كبرى أو سلطة يستعطون بواسطتها فرض ارادتهم على باقي الأفراد داخل المجتمع.

بل يمكن لهؤلاء الأفراد استعمال القسر المادي لإكراه الآخرين اذا اقتضى الأمر ذلك وهذا من أجل فرض ارادتهم العليا .

---

[1] عادل الحياري ،القانون الدستوري والنظام الدستوري،بدون ذكر دار النشر وسنة النشر، ص 14.

ان التمييز بين الحكام والمحكومين موجود في كل المجتمعات كبيرة أم صغيرة، سواء كانت بدائية أم متقدمة مادام أنه توافر لبعض الأفراد امكانية فرض ارادتهم على باقي أفراد المجتمع ، وهذا يستطيع الحكام من فرض ارادتهم عن طريق الاقناع ،أو ما يعرف برضا المحكومين.

غير أنه يعتبر رضا المحكومين وقبولهم السلطة مسألة هامة خاصة من الناحية الدستورية لأنه بمثابة الأساس أو التبرير السياسي للسلطة وهذا الرضا ينصب أساسا على المؤسسات والتنظيمات التي يتولى من خلالها الحكام السلطة لا على أشخاص الحكام.[2]

المطلب الثاني: علاقة الحكام بالموظفين

بسبب التحولات التي عرفتها المجتمعات خاصة على الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية وما صاحب ذلك من تحولات شملت دور الدولة ، لم تعد مهمة الحكام الدولة قاصرة على حفظ النظام الداخلي والأمن الخارجي وإيجاد مؤسسات يحتكم اليها الناس عندما تثور بينهم نزاعات ، بل صار على يقع على عاتقهم التزام بضرورة التدخل في أغلب المجالات من أجل ايجاد حياة أفضل وأكثر تناسقا واقرب للعدل والمساواة .

ومن أجل القيام بهذه المهام أوكل الحكام لعدد من الأفراد القيام بوظائف معينة شريطة أن يكون هؤلاء الأفراد تحت متابعة وسلطة الحكام.

ولذلك فان هؤلاء الأفراد يعدون بمثابة وكلاء لايتمتعون بسلطة سياسية بل يزاولون اختصاصا ، أي أهلية محددة في نطاق ماعهد اليهم من طرف الحكام

[2] طعيمة الجرف،مبدأ المشروعية،وضوابط خضوع الدولة للقانون ،القاهرة،1973.ص 36.

المقطع الثاني: القانون

نتناول في هذا المقطع دراسة المغزى من القانون،ثم معرفة أسام القانون المختلفة وهذا من أجل تحديد الفرع الذي ينتمي اليه القانون الدستوري دون اهمال علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام الداخلي وأخيرا تحديد علاقة القانون الدستوري بالنظم السياسية.

المطلب الأول: مغزى القانون

لا يمكن لأي تجمع بشري أن يعيش بدون حد أدنى من القواعد المشتركة المفروضة على الجميع وعليه يبدو أن شمولية الظاهرة القانونية وثباتها بغض النظر عن النظام السياسي، أو الأيديولوجية أو شكل التنظيم الاجتماعي تشهد على حتميتها وفائدتها.

لقد وجد الانسان منذ القدم ليعيش في الطبيعة ويسعى بكل السبل من أجل أن يسخر الطبيعة لخدمته والاستقرار والاستمرار في العيش وتحسين نمط عيشه .

هذا ويحكم علاقة الانسان بالطبيعة موقفين : شعور الانسان بالضعف أمام الطبيعة ، والرغبة في السيطرة عليها في نفس الوقت .

ولكي يستجيب الانسان لشعوره بالضعف ويضمن حاجاته الحيوية والنفسية لجأ الى العيش مع الآخرين من أبناء جنسه ولكي يحقق رغبته الملحة في السيطرة على الطبيعة لجأ الانسان كذلك أيضا الى التعاون مع الآخرين من أبناء جنسه وبالتالي الى العيش معهم .[1]

ان الحديث عن القانون يفهم منه مستوين متباينين :

القانون هو عامل للتنظيم الاجتماعي، بمعنى منظومة من الحلول والقواعد المنظمة للمجتمع باسم جملة من القيم، وبهذه الصفة فهو ملازم لحياة الأفراد اليومية، وهو متصل بنشاطهم وتصرفاتهم . وفضلا عما سبق القانون هو معرفة تخصص ذهني يتولى ادراك ودراسة منظومة القواعد ، ثم ان القانون يشكل محلا وموضوعا للعلم القانوني ، وهو في ذات الوقت موضوع حقيقي للممارسات الاجتماعية الملموسة.

[1] نفس المرجع.ص 77.

القانون اذا هو وسيلة لوضع سلوك الانسان في المجتمع في اطارات ، والقانون يشترك في هذا مع جملة من القواعد النابعة من الضمير مصدرها الدين والأخلاق والآداب ،ولكن الفارق بين القانون وبين القواعد الأخرى هو أن القواعد التي يفرضها الضمير جزاؤها داخلي أي التأنيب الذاتي ، أما القانون فان قواعده مفروضة من الخارج اذ تفرضها الدولة وتضمن احترامها بتوقيع الجزاء على من يخالفها .[2]

خلاصة القول القواعد القانونية ضرورة حتمية لكل المجتمعات على اختلاف أنظمتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وأيا كانت درجة تقدمها وكما تطورت المجتمعات وتنوعت أنشطتها وتشابكت مصالحها كلما زادت الحاجة الى القواعد القانونية التي تلبي احتياجات المجتمع ، كما أن هناك تلازما بين القانون والمجتمع ، وهو تلازم وثيق وجودا وعدما فحيثما وجد المجتمع استلزم **الأمر وجود القانون وبانتفاء الجماعة تنتفي الحاجة الى القانون ، فلا قانون بلا مجتمع ، ولا مجتمع بلا قانون .**

المطلب الثاني أقسام القانون :

فكرة تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص مسألة قديمة تعود الى الرومان ، حيث أن القانون الخاص يشمل القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا يباشر معاملات مع الأفراد كتلك التي تقوم بين الأفراد وبعضهم البعض ، وليس بصفتها شخصا اعتباريا.[3]

وبدوره ينقسم القانون الخاص الى عدة فروع : القانون المدني ، والقانون التجاري ، والبحري ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص .

أما القانون العام فهو الذي يحكم الأشخاص العامة في الدولة، الدولة والجماعات المحلية والولايات، وأخيرا المؤسسات العمومية التي تعد مرفقا علما تتمتع بالاستقلالية.

باختصار يمكن تعريف القانون العام بأنه هو قانون الدولة بوصفها سلطة عامة تعمل من أجل الصالح العام وتعلو على المصالح الخاصة.

[2] سعاد الشرقاوي،القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية،القاهرة،2012،ص 55.
[3] عادل الحياري،المرجع السابق،ص 23.

وينقسم القانون العام بدوره الى قانون عام خارجي وهو يضم القانون الدولي العام ، وقانون عام داخلي يشمل القانون الدستوري، والقانون الاداري ، والقانون المالي والقانون الجزائي أو قانون العقوبات .

المطلب الثالث: القانون الدستوري وفروع القانون العام الداخلي

يعد موضوع الدولة أساس العلاقة بين القانون الدستوري بفروع القانون العام الداخلي ، حيث يهتم كل فرع منها بجانب من جوانب نشاطات الدولة ، وفي كثير من الحالات تتداخل المواضيع التي تدرس في هذه الفروع ويصعب معها التمييز بينها.

العلاقة بين القانون الدستوري والقانون الاداري:

يجمع الفقه[4] على أن القانون الدستوري يعد الأساس الضروري للقانون الاداري ، باعتبار أن القانون الدستوري يعد في قمة النظام القانوني الداخلي للدولة، وبالتالي يعد المقدمة الضرورية لكل فروع هذا النظام.

غير أن مسألة التمييز بين القانونين تعد من المسائل الصعبة،وهذا بسبب التداخل بين القانون الدستوري والقانون الادراي.

ولقد شغل هذا التداخل اهتمام الفقه خاصة في فرنسا بغية ايجاد فيصل بينهما ، وعلى هذا الأساس اتجه الفقه في فرنسا الى اتجاهين :

الأول : يتزعمه فيدال والذي يرى أنه على الرغم من صعوبة التفرقة بين القانونين ، الا أن لكل تخصص موضوعاته الخاصة به، فإذا تعذر ايجاد الخط الفاصل بينهما فانه ليس من المصلحة هدم التفرقة بينهما لأنها أصبحت من التقاليد المكرسة ، وبالتالي يمكن تعريفهما من خلال المسائل التي يحتويها كل منهما.

الثاني : يتزعمه الفقيه **جيز** وحسب رأيه فان التفرقة لاتقوم على أساس علمي مقبول وليست لها أية دلالة قانونية منضبطة.

إلا أنه يمكن القول بأن القانون الدستوري يهتم ببحث التنظيم السياسي للدولة من حيث تكوين السلطات الثلاث والعلاقة بينهما ، في حين يبحث القانون الاداري في أعمال السلطة التنفيذية الادارية دون الحكومية.

---

[4] قزو محمد أكلي،دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية،دار الخلدونية،الجزائر،2006،ص10

أما من حيث تدرج القواعد القانونية يحتل القانون الدستوري قمة الهرم القانوني في الدولة لأنه يقرر المبادئ الأساسية التي لايمكن أن تتعداها القوانين الأخرى بما فيها القانون الاداري الذي يحكم بعض المسائل المتفرقة في المبادئ التي أقرها الدستور. [5]

العلاقة بين القانون الدستوري وقانون العقوبات

مما لاشك فيه أن لكل تخصص مجاله ودوره ، إلا أن هناك روابط قوية بين القانون الدستوري القانون الجنائي ، حيث أن القانون الجنائي يبين الأطر الرئيسية لحماية نظام الدولة داخليا وخارجيا ، كما يحدد الكيفية التي من خلالها يتم حماية النظام السياسي من الاعتداء عليه ، وعلى الحريات العامة وحقوق الأفراد أي كان مصدر هذا الاعتداء .

الى جانب ذلك فان من بين أهم مظاهر الاتصال بين القانونين النص في الوثيقة الدستورية على القواعد والمبادئ الرئيسية للقانون الجنائي ، والمثال على ذلك النص على شخصية العقوبة ، والنص على أنه لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص ،وعدم رجعية القوانين الجنائية ،والنص على حق الدفاع وكفالته.

القانون الدستوري والقانون المالي:

يشمل موضوع القانون المالي الاهتمام بتنظيم ميزانية الدولة ،أي تنظيم ايردات الدولة ونفقاتها ، وبالرغم من وضوح التفرقة في الوقت الراهن بين القانون الدستوري والقانون المالي ، إلا أن بينهما روابط متعددة .

وتتمثل الصلة بينهما في الأحكام الخاصة بموضوعات المالية العامة، وتحديد دور البرلمان في الوظيفة المالية العامة، حيث أن هذا الأخير هو الذي يوافق ويقر الميزانية العامة ن كما يتولى مهمة مراقبة مدى تنفيذها ومساءلة السلطة التنفيذية عن ذلك.

---

[5] طعيمة الجرف،القانون الدستوري،مكتبة النهضة الحديثة، القاهرة، 1964،ص 43،

علاقة القانون الدستوري بالنظم السياسية

تجب الاشارة الى أن كليات الحقوق بفرنسا قد قامت سنة 1954 باجراء تعديل لمادة القانون الدستوري ،حيث أصبح يطلق عليها اسم القانون الدستوري والنظم السياسية وجرت بعض كليات الحقوق بالجامعات العربية على تبني هذه التسمية [6].

ولعل الدافع وراء ذلك هو اعطاء دفعة أكاديمية وعلمية وبحثية لمادة النظم السياسية وربطها بالقانون الدستوري ،وهو بمثابة التأكيد على الطابع السياسي له الى جانب أن دوره يتحدد بالنشاط السياسي في الدولة.

ومن هذا المنطلق فان النظم السياسية أو المؤسسات الدستورية تشمل قواعد القانون الدستوري لأن مبادئ القانون الدستوري تبقى مستمرة وقائمة حتى باختفاء واضعها ،حيث أن مجرد اقرار هذه المبادئ يمنحها الاستقلالية وتشكل كيانا في الحياة العامة ونظامها مرتبط بالدولة والأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات.

[6] ابراهيم درويش،القانون الدستوري،دار النهضة العربية،القاهرة،1996، ص46.

المقطع الأول : النظريات التيوقراطية والنظريات الديمقراطية

المبحث الأول : النظريات التيوقراطية أو نظريات المصدر الالهي للسلطة

تذهب هذه النظريات الى أن أساس السلطة السياسية ومصدرها ليس من صنع البشر ولا يرجع الى اختيارهم وإرادتهم ،وإنما الى أساس غيبي مستمد من قوى الهية أعلى من البشر أو ان الارادة الالهية هي التي تتدخل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في اختيار الحكام حسب الاتجاهات والنظريات التي قيلت في هدا الصدد .

وتشمل هذه النظريات ما يلي :

المطلب الأول :نظرية الطبيعة الالهية :

وترى هذه النظرية الى أن الحكام لا يستمدون سلطتهم من الله فحسب وإنما هو من طبيعة الهية أو انهم الهة يعبدون ويعلون فوق البشر وتقدم اليهم القرابين ، وبالتالي يجب على المحكومين أن يطوعهم طاعة مطلقة .

وقد وجدت هذه النظرية تطبيقات مختلفة حيث اعتنقها فراعنة مصر طوال العصور المختلفة لهم وفي اليابان حيث كان الامبراطور اله يعبد وهذا حتى سنة 1947.[1]

المطلب الثاني : نظرية الحق الالهي المباشر

ومفاد هذه النظرية أن الحاكم هو بشر إلا أن الله اصطفاه واختاره من الناس وأودع في يده السلطة وخصه بممارستها ومن ثم فان السلطة التي يمارسها الحكام طبقا لهذه النظرية من الأمور التي تخرج من نطاق البشر ولا دخل لهم في تحققها .

ولقد سادت هذه النظرية في القرون الوسطى وأدى الى تدعيمها ما كان يمارسه ملوك فرنسا من استبداد وتسلط تطبيقا للقول المأثور أن ملك فرنسا لا يستمد ملكه إلا من الله وسيفه.

وعرفت هذه النظرية صدا في عهد لويس الرابع عشر والذي يرى أن سلطة الملوك مستمدة من الله ، فالله لا الشعب مصدرها وهم مسئولون أمام الله وحده عن كيفية استعمالها.[2]

---

[1] لتفاصيل أكثر ،راجع،قزو محمد أكلي ،المرجع السابق،ص 20 ، 21.

[2] محمد فؤاد النادي،الوجيز في الأنظمة السياسية والدستورية،بدون ذكر دار النشر ،2001،ص 73،

ولقد شكلت هذه النظرية أساسا كغيرها من النظريات التيوقراطية لتبرير استبداد وتسلط الملوك على شعوبهم دون أن يكون للشعوب الحق في الاعتراض أو مساءلتهم.

المطلب الثالث : نظرية الحق الالهي غير المباشر

- ترى هذه النظرية أن الحاكم من البشر كما ذهبت النظرية السابقة ، إلا أنها تختلف عنها في أن أنصار هذه النظرية يقررون أن الله لا يتدخل في اختيار الحاكم مباشرة وإنما يختاره بطريقة غير مباشرة نتيجة كون العناية الالهية توجه ارادة المحكومين بحيث تنتهي الى شخص، أو أسرة معينة تتولى أعباء الحكم ومن ثمة فان الحاكم يختار من السماء ولكن بطريقة غير مباشرة ، فالمحكومين ليسو أحرار في هذا الصدد وإنما الحاكم مفروض عليهم .

النقد الموجه للنظريات التيوقراطية

لقد تلاشت هذه النظريات نتيجة وعي الشعوب ماعدا النظرية الأخيرة ، وأهم نقد وجه لها ان هذه النظريات أنها تساعد وتكرس الاستبداد من جانب الحكام وإهدار حقوق الشعوب ، حيث أن السلطات المطلقة للحكام تجعلهم في منأى عن محاسبتهم لأنهم غير مسئولين إلا أمام الله وحده.

المبحث الثاني : نظريات العقد الاجتماعي أو النظريات الديمقراطية

تقوم هذه النظريات على أساس أن سلطة الدولة مصدرها الشعب والجماعة، وبذلك لا تكون السلطة الحاكمة مشروعة إلا اذا كانت وليدة الارادة الحرة للجماعة التي تحكمها، وأساس هذه النظرية فكرة العقد الاجتماعي الذي مؤداه أن نشأة الدولة تم نتيجة لنوع من التعاقد أو الاتفاق بين أفراد المجتمع الذين كانوا يعشون حياة الفطرة على ايجاد سلطة عليا في المجتمع تقوم بتحقيق السلام والأمن والعدل بين أفراده أي الانتقال الى الحياة المدنية.[3]

أ – **هويز** : يرى أن الطبيعة البشرية تقوم على الأنانية ، والتي نتج عنها صراع وتناحر بين الأفراد والجماعات ، وبغية الخروج من هذه الوضعية تم الاتفاق بين الأفراد على منح السلطة لشخص واحد أو هيئة يكون لها الأمر دون مناقشة لأن الحاكم ليس طرفا في العقد ن مقابل تنازل الأفراد عن كامل حقوقهم ن وهذا من أجل ضمان الأمن والسلم والاستقرار والعدل ، والواقع أن هذه النظرية تميل الى الاستبداد والحكم المطلق.

[3] سعيد بوالشعير،القانون الدستوري والنظم السياسية،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2000، ص38 ومابعدها،بوكرا ادريس ،أحمد وافي،النظرية العامة للدولة والنظام السياسي الجزائري،المؤسسة الجزائرية للطباعة،الجزائر،1992،ص43،

ب – نظرية لوك : تتفق نظرية لوك مع هوبز في أن الأفراد كانوا في حالة الفطرة ثم انتقلوا الى المجتمع المنظم بعد العقد ن لكن يختلف معه في حالة الأفراد في مرحلة الفطرة التي لم تكن فوضى ، وإنما حياة عدل ومساواة في ظل القانون الطبيعي .

أما الدافع الى العقد فهو الرغبة في الانتقال الى حياة أفضل وأكثر تنظيما من خلا لإقامة سلطة تحكمهم ، كما أن الأفراد لم يتنازلوا عن جميع حقوقهم للحاكم الذي هو طرف في العقد .

ج – روسو: يذهب روسو الى أن حياة الأفراد الطبيعية البدائية كانت تتميز بالعدالة والمساواة والحرية ، غير أنه وباكتشاف الزراعة والاختراعات ظهرت الملكية الفردية التي نتجت عنها فوارق اجتماعية بين الأفراد فانهارت بذلك المساواة وتحولت حياتهم الى فوضى وشقاء ، وهو ما دفع الأغنياء الى البحث عن وسيلة تكفل لهم الخروج من هذه الوضعيات ، فاستمالوا الفقراء من اجل اقامة مجتمع قاعدته العقد،الذي هو حسب البعض اتفاق بين رعايا الدولة في المستقبل المتفقين في وقت معين على التنازل عن حرياتهم وعلى اقامة سلطة سياسية تحكمهم.

ان أهم نقد وجه لهذه النظريات أنها أكبر أكذوبة سياسية ناجحة حيث لم يثبت تاريخيا أن الأفراد اجتمعوا فينا بينهم للتعاقد ، بل ان هذه النظريات كانت مبررا للحكم المطلق والمستبد.

المقطع الثاني: نظريا ت القوة والتطور والنظريات المجردة

المبحث الأول: نظريا ت القوة والتطور التاريخي والعائلي

المطلب الأول نظرية القوة والتغلب

ترى هذه النظرية أن أساس السلطة السياسية واصل نشأة الدولة يعود الى القوة والقهر وهي تنطلق من غريزة الانسان في السعي للقوة والرغبة في فرض سيطرته على الآخرين ، والذي يؤكد ذلك هو الحروب والصراعات بين القبائل والعشائر في المجتمعات البدائية ، التي استطاع شيوخ القبائل من خلالها فرض سلطتهم على الأطراف المغلوبة وكانت تلك البداية الأولى لنشأة الدولة الحديثة.

وعندما نشأت الدولة فانهال اتستطيع التخلي عن قوتها لأنها بحاجة اليها بغية فرض سيادتها داخليا وخارجيا، وعليه فان الدولة نظام من صنع القوي ، وأن سلطة الدولة المتمركزة في يد أقلية من الأفراد لهم القوة والنفوذ بغض النظر عن طبيعة هذه القوة ، مادية كانت أم، معنوية أم دينية أم فكرية أم اقتصادية.[1]

على الرغم من أن التاريخ يدعم نسبيا هذه النظرية إلا أنها تعرضت الى انتقادات شديدة حيث أنه وان كانت القوة تلعب دورا هاما في تشكيل الدولة إلا أنها ليست العامل الرئيس لذلك حيث أن التعاون ورغبة الانسان في التعاون والعيش مع غيره والاستقرار والأمن عوامل مهمة في نشأة الدولة.

المطلب الثاني نظرية التطور العائلي

ومفاد هذه النظرية أن الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع نشأت لتلبية حاجات فطرية يتصف بها الانسان وتوسعت الى أن ظهرت العشائر ثم القبائل فالقرى فالمدن ، والتي بتطورها تحت الحاجة الى التنظيم الدقيق وتلبية الحاجات الأساسية ظهرت الدولة.

واستنادا الى هذه النظرية يمكن القول بأن العائلة هي البداية الأولى لظهور الحكومة نظرا لما تتسم به العائلة من مقومات أساسية في ممارسة الحكم ويستدل على ذلك بعض الفقهاء بالدولتين اليونانية والرومانية التي كانت السلطة فيهما بأيدي رؤساء العائلات [2].

---

[1] بوكرا ادريس ،أحمد وافي،المرجع السابق،ص47، 48.

[2] سعيد بوالشعير،المرجع السابق،ص 51.

بالرغم من ما في هذه النظرية من حقائق حول أصل ونشأة الدولة إلا أنها تعرضت الى عدة انتقادات ذلك أن الحياة البدائية الأولى كانت قائمة على الشيوع ، كما أن سلطة العائلة تختلف في طبيعتها عن سلطة الدولة كون هذه الأخيرة تبقى مستمرة بعد زوال الأشخاص الحاكمين.

المطلب الثالث: نظرية التطور التاريخي

تعد هذه النظرية من أكثر النظريات اعتمادا عند الفقهاء المعاصرين ، حيث رفض الفقه الحديث ما سبقها من نظريات .

ومؤدى هذه النظرية أن الدولة قد اعتمدت في قيامها على عوامل عدة ، وهذه العوامل تختلف من دولة الى أخرى وذلك باختلاف تاريخ وطبيعة هذه الدول وظروفها الاقتصادية والاجتماعية ونتيجة تفاعل تلك العوامل المختلفة ظهر على مر الزمن احداث ترابط بين أفراد الجماعة ورغبة في تحقيق الأغراض المشتركة لهم ثم تطورت تلك الجماعة فصارت دولة على نحو ما نراه اليوم.[3]

وعلى هذا النحو يرى أنصار هذه النظرية ضرورة تكييف نشأة الدولة تكييفا قانونيا لأنها وليدة ظروف وتطورات طويلة، حيث أنه لا يمكن رد أصل نشأة الدولة الى عامل معين بالذات دون غيره كالعقد الاجتماعي ،أو القوة والغلبة ،أو التطور العائلي.

المبحث الرابع: النظريات المجردة

يشير الفقه الدستوري الحديث الى بعض النظريات التي لم تشهد تطبيقا في الواقع وهذا تحت تسمية النظريات المجردة،وتشمل هذه النظريات :نظرية النظام القانوني لكلسن،ونظرية تأسيس السلطة للفقيه جورج بيردو ونظرية المؤسسة للفقيه موريس هوريو ،وأخيرا نظرية الوحدة للعالم الألماني جيلينك.[4]

---

[3] ابراهيم عبد العزيز شيحا،النظم السياسية والقانون الدستوري،منشأة المعارف،الاسكندرية،2000ن ص207.

[3] قزو محمد أكلي :،المرجع السابق،ص 30.

المطلب الأول : نظرية النظام القانوني للفقيه كلسن

وفي تحليله للنظام القانوني للدولة ذهب كلسن إلى أن الدولة عبارة عن نظام قانوني يتكون من مجموعة من القواعد القانونية التي تتدرج فيبينها بشكل هرمي، إذ تتوزع على طبقات أو درجات مختلفة موضوعة بعضها فوق بعض، وترتبط كذلك ببعضها بصورة تدرجية، بحيث لا تستمد احداها صحتها ما لم تكن قد أنشئت بطريقة معينة من قاعدة قانونية تعلو عليها في المرتبة، وبذلك تكون هذه القاعدة الأخيرة أساساً لصحة القاعدة الأولى.

ووفقاً للتصور الكلسني يأتي في قمة الهرم القانوني القواعد الدستورية –باعتبارها القاعدة العليا في المنظومة القانونية الوضعية– والتي تنحدر منها جميع القواعد القانونية الأخرى المكونة للنظام القانوني السائد وتهيمن عليها.[5]

ان السؤال الذي يثار هنا : ما هي القاعدة التي يستند عليها الدستور في صحته وقانونيته؟ وقد أجاب الاستاذ كلسن على هذا التساؤل بأن الدستور يستمد صحته من قاعدة أخرى تعلو عليه، بيد أنها لا وجود لها في الحقيقة والواقع، بل هي القاعدة المفترضة، وهي التي يسميها كلسن السنة الأساسية.[6]

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت للنقد ذلك أن وجود القواعد القانونية الوضعية أي صحتها لا يمكن أن يقام على مجرد فرضية غير موجودة ،فالوجود لايمكن أن يقام على اللاوجود ،أو أن اللاوجود لا يمكن أن يكون أساسا للوجود.

المطلب الثاني: نظرية تأسيس السلطة للفقيه جورج بيردو

يعني تأسيس السلطة نقل سند السلطة الى شخص من يتولاها وإيداعها في هيئة أو مؤسسة ،كما يقصد به نقل سند السلطة من الانسان الى وحدة مجردة لها طابع الدوام والاستقرار وهذه الوحدة هي المؤسسة،وينطبق هذا المعنى على سلطة الدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات.

---

[5] فكرة الدستور لدى كلسن، https:// /org.doi 10.17656 .jlps/ 10113

[5] منذر الشاوي،فلسفة القانون،دار الثقافة،عمان الأردن،2009،ص47.

ويؤكد في هذا السياق الفقيه **بيردو** أن تأسيس السلطة أي نقل السلطة من شخص الحكام الى الدولة كوحدة مستقلة لايتم في لحظات وإنما هو حصيلة تطور وتكيف تدريجي من الاطارات القانونية استجابة لأمال الجماعة، وأيا كانت سرعة هذا التطور فان نتيجتان تترتبان على اكتماله:

الأولى هي فصل السلطة عن أولئك الذين يمارسونها، والنتيجة الثانية هي ظهور الدولة باعتبارها مؤسسة تمسك بالسلطة السياسية.[7]

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت الى نقد شديد وهذا بسبب الخلط بين الدولة والسلطة العامة وأشكال ممارستها.[8]

المطلب الثالث : نظرية المؤسسة للفقيه موريس هوريو

حسب الفقيه **موريس هوريو** الدولة مؤسسة مثل المؤسسات الأخرى الاقتصادية والاجتماعية،تنشأ من خلال اتفاق جماعة من الأفراد تجمعهم فكرة مشتركة مهي انشاء نظام اجتماعي وسياسي بطريقة قانونية.[9]

ويتم تشكيل الدولة في مرحلتين:

الأولى تتمثل في تقبل أفراد الجماعة لمشروع اقامة الدولة المعتمد على فكرة مجموعة مثقفة.

المرحلة الثانية تتمثل في دعوة الأفراد للمساهمة في تحقيق المشروع من أجل اقامة الدولة وهذا مفاده أن العملية تمر بمراحل معقدة،والتي تتمثل في مرحلة الفكرة الفكرة الموجهة والسلطة المنظمة،ثم انجاز المشروع من خلال انضمام المنخرطين.[10]

المطلب الرابع : نظرية الوحدة للعالم الألماني جيلنيك

يميز جيلنك بين العقد المبرم بين الأفراد بغية الحصول على مصالح مادية كعقد البيع والشراء،والذي يتحصل أطراف العقد فيه على أشياء مختلفة ولا يترتب عنه انشاء دولة،أما عند اتجاه مجموعة من الارادات من أجل تحقيق غرض واحد

---

[7] سعاد الشرقاوي،النظم السياسية في العالم المعاصر ،دار النهضة العربية،القاهرة،2008،ص97.
[8] قزو محمد أكلي،المرجع السابق،ص31.
[9] نفس المرجع
[10] سعيد بو الشعير،المرجع السابق،ص48.

وهو انشاء دولة انشاء قانونيا وموضوعيا فهذا هو **الفيرينبرغ**.[11]

إلا أن هذه النظرية تعرضت الى انتقادات كون العقد القانوني لا يكون إلا من خلال وجود نظام قانوني قائم وسابق عن تنظيمه الى جانب أن هذه النظرية خالية من الأساس الواقعي.[12]

---

[11] قزو محمد أكلي،المرجع السابق،ص33.

[12] غريبي فاطمة الزهراء، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الضحى للنشر والتوزيع، الجلفة، الجزائر، 2015، ص52.

المقطع الأول: تعريف الدولة في النظام الدستوري المعاصر

ان الدولة هي الموضوع الرئيسي في القانون الدستوري فكرة وحقيقة في آن واحد وتنظيم في الوقت الحاضر إنها حقيقة يمكن إدراكها بسهولة وعلى الفور نحن لا نلمسها، لكن وجودها حساس وملموس في الحياة اليومية.

تبقى الحقيقة أن هذا الواقع معقد للغاية لقد نشأت مشكلة الدولة وظهرت وظلت مطروحة في كل مكان تقريباً.

في الواقع لم تكن الدولة موجودة دائمًا إنها عبارة عن شكل تاريخي من التنظيم يتوافق مع درجة معينة من تطور الحضارة البشرية.

إلا أن هناك اتجاهات مختلفة سادت الفكر الدستوري في تعريف الدولة،والتي يمكن حصرها فيما يلي:

الاتجاه الأول:الدولة مجتمع توفرت له ظاهرة الاختلاف السياسي

صاحب هذا الاتجاه الفقيه **ديجي** حيث يرى أن أي مجتمع بشري تتوفر له ظاهرة الاختلاف السياسي ،بمعنى أن يحدث فيه انقسام بين أفراده بحيث يمكن التمييز بين فئة حاكمة تفرض سلطتها على فئة أخرى محكومة لا يكون لها سوى الطاعة والخضوع للفئة الأولى.

وإذا تحقق هذا الاختلاف في مجتمع ما فانه يعتبر مجتمعا سياسيا وهو خليق في الوقت ذاته أن يطلق عليه وصف الدولة.

ويرتب **ديجي** على هذا الاتجاه أن أي مجتمع بشري تتحقق فيه هذه الظاهرة ،القديم منه والحديث ،المتأخر منه والمتقدم يعتبر دولة،فالقبائل الرحل والعشائر اذا تحقق لها هذا الاختلاف السياسي بغض النظر عن الوسيلة التي تحقق بها ذلك الاختلاف سواء عن طريق القوة والسيطرة ،أو بأي وسيلة أخرى.

ويستوي أن يكون أساس هذا المجتمع نظاما بيولوجيا أو تحقيق هدف اجتماعي فان جميع هذه المجتمعات يضفي عليها **ديجي** وصف الدولة بسبب توافر ظاهرة الاختلاف السياسي لها،وحسب هذا الفقيه فان الشرط الوحيد عنده هو تحقييق ظاهرة الاختلاف السياسي وبالتالي فان الاقليم لا يعد ركنا ضروريا لوجود الدولة.

إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد حيث وجهت له عدة اعتراضات هي:

1- ارتباط ظاهرة الاختلاف السياسي بشخص ما في بعض الحالات مما يؤدي الى ارتباط هذه الظاهرة التي بمقتضاها ظاهرة السلطة السياسية بشخص الحاكم.

2- ليس من المقبول اضفاء صفة الدولة على جميع صور وأشكال الجماعات السياسية كالجماعات البدائية رغم توفر ظاهرة الاختلاف السياسي لها،الى جانب أن هذه الجماعات ترتبط بمصالح خاصة ولا تجمعها فكرة المصلحة العامة.

3- ان وجود الدولة يقتضي توافر أركان ثلاثة وهي الشعب والسلطة والإقليم وهو عكس هذا الرأي الذي يقصي ركن الاقليم من ضرورة قيام الدولة.[1]

الاتجاه الثاني: الدولة مرحلة متقدمة من مراحل المجتمعات السياسية

يذهب جانب من الفقه الى القول بان الدولة هي الصورة الحديثة للجماعة السياسية،ومن ثم فهي وان كانت تسمو على الصور الأخرى وتفضلها تنظيما ،فان لها نفس المقومات الأساسية التي للجماعات السياسية الأخرى.

والفروق بين الدولة وهذه الجماعات السياسية ليست فروقا في الطبيعة أو الكنه،وإنما فروق درجة أو كيفية لا تمس الجوهر ،وعليه فالدولة كغيرها من الجماعات السياسية تقوم على أساس وجود مجموعة من الأفراد يمارسون نشاطهم على اقليم جغرافي محدد،ويخضعون لتنظيم معين.[2]

الاتجاه الثالث: في تعريف الدولة

في ظل هذا الجدل والاختلاف حول وضع مفهوم دقيق لمعنى الدولة فان البعض اقتصر في تعريفه لها على المعنى المراد الوقوف عليه من خلال هذه التسمية،في حين ذهب معظم الفقه في الاكتفاء في تعريف الدولة بذكر العناصر الأساسية المكونة لها،التي لا تختلف من دولة الى أخرى،بحيث تعد ظواهر مشتركة وعناصر أساسية لدى كل الدول.[3]

ويظهر تعقيد الدولة أخيرًا في تعريفها الدقيق بمعنى أنها ليست حقيقة محايدة. يمكن أن يكون لكلمة "دولة" ثلاثة معانٍ مختلفة:

بالمعنى الواسع، فإنها تشمل مجتمعًا بشريًا محليًا جغرافيًا ومنظمًا سياسيًا يكون له عمومًا أمة كدعم اجتماعي لها.

بمعنى أكثر تقييدًا تشير الدولة داخل هذا المجتمع السياسي المنظم إلى السلطات العامة ، أي الحكام وليس المحكومين على سبيل المثال سنتحدث عن مكانة رئيس الدولة في النظام السياسي.

---

[1] محمد فؤاد النادي،المرجع السابق،ص15.ومابعدها

[2] ثروت بدوي،النظم السياسية،دار النهضة العربية،القاهرة،1979،ص28

[3] محمد فؤاد النادي،المرجع السابق،ص15.ومابعدها

كما يعرفها البعض بأنها عبارة **عن ذلك الشخص المعنوي الذي يمثل أمة تقطن أرضة معينة، والذي بيده السلطة العامة ، أو كما يسمونها السيادة.**

بمعنى ثالث أضيق يمكن للدولة أن تعرّف نفسها ضمن السلطات العامة بالسلطة المركزية فيما يتعلق بفئاتها التي تمثلها المجتمعات المحلية سنتحدث على سبيل المثال عن إشراف الدولة على المناطق والبلديات والمجتمعات الريفية.[4]

في القانون الدستوري يمكن استخدام الدولة أحيانًا بمعنى ما وأحيانًا بمعنى آخر لكن المعنى الواسع هو الأفضل في تفسير نشأة ظاهرة الدولة. يُنصح في هذا المستوى بفهم عناصرها قبل النظر في أشكالها المختلفة.

ان الدولة بمعناها الواسع هي تجمع بشري مرتبط بإقليم محدد يسوده نظام اجتماعي وسياسي وقانوني موجه لمصلحة المشتركة،تسهر على المحافظة على هذا التجمع سلطة مزودة بقدرات تمكنها من فرض النظام ومعاقبة من يهدده بالقوة.[5]

يتضح من هذا التعريف أن اصطلاح الدولة ينطبق عندما تجتمع العناصر التالية:

1- **تجمع بشري.**
2- **اقليم يرتبط به هذا التجمع البشري.**
3- **سلطة توجه المجتمع.**
4- **نظام اجتماعي واقتصادي وسياسي وقانوني يتمسك المجتمع بتحقيقه.**

[4] محمد فؤاد النادي،المرجع السابق،ص5.ومابعدها
[5] سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر،دار النهضة العربية، القاهرة،2007،ص11 .

المقطع الثاني :عناصر الدولة

ليس كل مجتمع بشري دولة اذ يخضع وجود الدولة لعناصر اجتماعية يكون لم شملها ضروريًا (السكان والإقليم والسلطة).

بالإضافة إلى هذه العناصر المادية، هناك خصائص قانونية تسمح بتحديد سماتها بشكل أفضل.

المطلب الأول :الشعب

تقدم الدولة أولاً وقبل كل شيء كمجتمع بشري لا يمكن أن تكون هناك دول بدون سكان مثلما تختفي الدولة إذا اختفى أو هاجر جميع سكانها.

كعنصر من مكونات الدولة ،يظهر السكان كحقيقة ديمغرافية وقانونية من جهة ،ومن جهة أخرى واقع اجتماعي يمثله الأمة.

التمييز بين المدلول الاجتماعي والسياسي لمصطلح الشعب

الشعب هو قبل كل شيء مجموعة من الأفراد الخاضعين لوضع قانوني وعبارة عن مجتمع بشري يعيش في منطقة محددة، وهو يتكون من الرجال والنساء في مراحل مختلفة من حياتهم: الطفولة،والمراهقة ،والنضج ،والشيخوخة.

وبغض النظر عن كونهم يتمتعون بممارسة حقوقهم المدنية أم لا فكل الأفراد الذين يحملون جنسية الدولة يشكلون أفراد الشعب بمدلوله الاجتماعي.

ان العامل العددي لا يحدد في تعريف السكان. لا ينص القانون الدولي على أي حد أدنى مطلوب لتأسيس دولة بشكل صحيح.

عدد السكان ضروري حتى تكون هناك دولة مهما كان عددها، وهكذا في مجتمعات الدول غالبًا ما نرى دولًا من بضعة آلاف من المواطنين تتعايش، والبلدان ذات الكثافة السكانية الضخمة مثل جمهورية الصين الشعبية. الذي يتجاوز كثيرا المليار نسمة.

أما الشعب بمدلوله السياسي فالمقصود به مجموع الأفراد المتمتعين بالحقوق السياسية وبذلك يخرج عن هذا المدلول الأطفال المحرومون من أداء الحقوق السياسية لأسباب تتعلق بالناحية العقلية أو لأسباب أدبية.

نلاحظ أن المدلول الاجتماعي للشعب أوسع من مدلوله السياسي .

في النهاية الانتقادات الموجهة إلى "**الدول الصغيرة**" ليست ذات صلة من الناحية القانونية. جميع الدول متساوية في القانون الدولي ،لكن العدد الكبير من السكان يظل عامل قوة في العلاقات الدولية.

التفرقة بين الشعب والسكان

يمكن فهم الشعب على أنه جميع الأشخاص الطبيعيين الذين يعيشون بشكل دائم على أراضي الدولة التي تمارس الدولة سيادتها عليها.

يسلط تصنيف الأشخاص الخاضعين لسلطة الدولة الضوء على الطبيعة غير المتجانسة للسكان، في الواقع يتكون من أفراد الدولة والأجانب الذين يعيشون على أراضيها.

يرتبط السكان عادة بالدولة حسب الجنسية في هذا الاطار يتم التمييزبين السكان المواطنون والأجانب، المواطنون هم أفراد تربطهم الدولة رابط قانوني الجنسية ويتجسد هذا الارتباط في طريقتين رئيسيتين: حق الأرض ورابطة الدم

الجنسية هي الرابطة القانونية لارتباط شخص بالدولة والمواطنون مجموعة من الأفراد المستقرين والموحدين الذين يمثلون الفردية بالنسبة للآخرين إلى حد تكوين أمة.

من ناحية أخري فإن الأجانب هم أشخاص لديهم علاقات مع دول أخرى، وبالتالي لا يحملون جنسية الدولة المستقبلة.

أخيرًا يجب الآن تحديد مفهوم الشعب فيما يتعلق بمفهوم الأمة الذي يستخدم أحيانًا بدلاً منه الأمة.

الفرق بين الشعب والأمة.

الشعب هو مجموعة بشرية كاملة، أما الأمة مجموعة بشرية يتم تكيفها وفق مفهومين متعارضين، الأول، ذاتي، من أصل فرنسي وقائم على الرغبة الجماعية في العيش.

في الواقع وفقًا لإرنست رينان ، مع الأخذ في الاعتبار تعريف ميشيل ، "الأمة هي روح، مبدأ روحي ..." هذا المفهوم الذاتي الراسخ في التاريخ، وبالتالي فإن الأيديولوجية تأسست بناء على إرادة العيش معًا.

وعلى عكس المفهوم الذاتي فإن المفهوم الموضوعي من أصل ألماني ناتج عن عناصر موضوعية مثل الجغرافيا واللغة والدين والعرق، لكن المفهومان متكاملان.[1]

أما النظرية المادية تستند الى النواحي الاجتماعية والاقتصادية، فوحدة المصالح الاقتصادية هي التي تقرر العلاقات جميعها بين الأفراد وتصهرهم في نظام اجتماعي موحد.

المطلب الثاني: الاقليم

يحدد الإقليم الإطار الذي تمارس فيه الدولة سلطتها حصرا لذلك لا يمكن أن تكون هناك دولة حقيقية بدون أرض و المساحة الإقليمية هي منطقة اختصاص الدولة،أي المساحة التي تضمن الدولة تنظيم الأنشطة بجميع أنواعها وتمارس سيادتها الكاملة،وهذا يعني أن السكان الرحل لا يشكلون عمومًا دولة.

الفرع الأول :أهمية الإقليم

الاقليم هو مجال اختصاص الدول. ويشكل البعد المكاني الذي تمارس فيه سلطة الدولة لأنه هو الذي يحدد إطار اختصاص الدولة.

في الواقع، يخضع كل من يعيش على أراضيها، على الصعيدين الوطني والدولي لسلطة الدولة.

الاستثناءات الوحيدة هي:

البعثات الدبلوماسية في الدول الأجنبية التي هي أجزاء من أراضي الدولة الممثلة، مما يفسر حرمة هذه الدول.

استثناءات سيادة الدولة على أجزاء معينة من أراضيها.

- التنازل الصريح عن السيادة بعد اتفاق مع دولة أخرى.

ان الإقليم هو الدائرة التي تمارس فيها سلطة الدولة داخليا ويحدد الحد المادي لسلطة الحكام، فهو يسمح للدولة بحماية استقلالها من خلال وضع الحدود التي ستكون قادرة من وراءها على الدفاع عن نفسها بشكل أكثر فعالية ضد الاعتداءات الخارجية.

[1] محمد رفعت عبد الوهاب ،الأنظمة السياسية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2007،ص26،

الفرع الثاني مشتملات الاقليم :

ويشمل إقليم الدولة له ثلاثة جوانب:

الإقلـيم البـري : يشمل التربة وباطن الأرض ،يتعلق الأمر بالتربة التي يستقر عليها شعب الدولة لتحديد حدودها يمكن للدولة الاعتماد على المعطيات الطبيعية أو الاصطناعية.

ظهرت نظرية "**الحدود الطبيعية**" في عهد الملك (لويس الرابع عشر)والتي تعتبر أن أراضي كل دولة كانت "مصممة مسبقًا" أو "محددة" بشكل طبيعي (بحيرات أو أنهار أو جبال أو بحر)، وبالتالي فإن قراءة الخريطة الجغرافية وحدها ستكون كافية لإثبات وجود الدولة.

قد تكون نظرية الحدود الطبيعية ذات أهمية استراتيجية أو اقتصادية،لكن ليس لها أي صلة قانونية.

لقد تم التذرع بها دائمًا بمعنى أحادي الجانب لخدمة الأيديولوجيات التوسعية أو الإمبريالية.

في الواقع لم يكن لأي دولة حدود طبيعية كاملة، خاصة وأن الممارسة تظهر وجود مناطق ممزقة.

بصرف النظر عن العناصر الطبيعية ، يمكن ترسيم الحدود بطرق مختلفة: بالاتفاق بين الدول ،أو حتى باستخدام خطوط مصطنعة مثل المتوازيات (مثل خط العرض الذي يفصل بين الكوريتين).

الإقليم البحري المملوك فقط للدول الساحلية: طرح البحر مشاكل كثيرة بسبب الثروة التي يمكن أن يحتويها والتي ترغب الدولة الساحلية في الاحتفاظ باستغلالها.

وتكمن جذور العديد من النزاعات في الأراضي البحرية في القضايا الاقتصادية للمناطق المتنازع عليها.

تمارس الدولة سلطات مماثلة لتلك التي تنشرها على أرض برية على جزء من المجال البحري الذي هو بالفعل أرض مغمورة وتشمل المنطقة البحرية:

المياه الداخلية

هنا تتوافق مع المياه التي تغمر سواحل الدولة إنها تدمج الموانئ والطرق والمرافئ والمسافات البادئة للسواحل المتعرجة والخلجان التاريخية.

تشبه المياه الداخلية أراضي الدولة التي تمارس السيادة الكاملة عليها.

البحر الإقليمي

يتكون البحر الإقليمي من المنطقة البحرية الملاصقة للمياه الداخلية التي تمتد عليها سيادة الدولة. حددت في البداية عند 3 أميال بحرية حدود البحر الإقليمي.

تم تثبيت البحر الإقليمي من قبل الدول وهذا بعد الاتفاقية الدولية لسنة 1982 ب 12 ميلا على العموم ستة أميال للمياه الداخلية تمارس فيها الدولة سيادتها المطلقة،و6 أميال أخرى لا يقيد سيادة الدولة فيها الا المرور البريء وذلك من خلال توافر شروط معينة والمثال على ذلك أن تكون السفينة مدنية.[2]

وتمارس الدولة الساحلية سلطات حصرية هناك من الناحية الاقتصادية (صيد الأسماك ،استغلال الموارد المعدنية)، وكذلك فيما يتعلق بالضبط (الملاحة والجمارك والصحة العامة وحماية البيئة والأمن).

المنطقة الاقتصادية الخالصة

تمتد على مساحات بحرية شاسعة متاخمة للبحر الإقليمي تمارس عليها الدولة "حقوقا سيادية" واستكشاف واستغلال الموارد الاقتصادية فيما يتعلق بحقوق وحريات الملاحة ،أو مد الكابلات وخطوط الأنابيب البحرية المعترف بها في دول أخرى،وحدودها محددة ب200 ميل بحري بعد المنطقة المجاورة.

الاقليم الجوي

أخيرًا لدينا المساحة الجوية: وهي تشمل الكتلة الهوائية بين الحدود النظرية التي تشكل الحدود الرأسية للحدود البرية أو البحرية.

---

[2] قزو محمد أكلي،المرجع السابق، ص49.

تتعلق سيادة الدولة أيضًا بالمجال الجوي الذي يعلو الأراضي والمياه الإقليمية المجاورة لها خارج الفضاء الخارجي، أي حتى الارتفاع الذي يمكن للدولة أن تدافع فيه عن نفسها. (حوالي 80 كم).

المطلب الثالث : السلطة السياسية

لا يؤدي اجتماع السكان والإقليم بحكم الواقع إلى وجود دولة إن مادية الدولة مشروطة بوجود سلطة سياسية تمارس على الشعب وعلى الاقليم، والسلطة في الحقيقة هي العنصر الأساسي للدولة.

فهي تضمن فعاليتها مع ضمان تماسكها واستمراريتها القانونية في الزمان والمكان ،والسلطة في حد ذاتها ظاهرة متأصلة في لحياة المجتمع. لها خصائص محددة عندما يتعلق الأمر بسلطة الدولة.

الفرع الأول:المقصود بالسلطة السياسية

السلطة هي قدرة خاصة تسمح لحاملها بالتنبؤ والقيادة واتخاذ القرار وتنسيق أنشطة الأفراد والجماعات الخاضعة لسلطته. لقد تطورت السلطة قبل أن تحصل على خاصيتها الدائمة.

تطور السلطة السياسية

السلطة هي نتيجة لعملية تاريخية طويلة في الأصل كانت موزعة،ثم أصبحت شخصيًة قبل أن تصبح مؤسسة.

السلطة الموزعة

وهذا الشكل يتوافق مع الشكل البدائي للسلطة قبل ظهور الأشكال التنظيمية للمجتمعات البشرية كانت مشتتة في جميع أنحاء المجتمع الجميع يأمر ويطع في نفس الوقت.

وكانت السلطة مع ذلك موجودة بمعنى وجود آليات للعقوبات يمكن أن يتم تشغيلها تلقائيًا في حالة حدوث خرق عقوبات مالية (غرامات) ،أخلاقية (استنكار) ،استبعاد من الجماعة ،إلخ. معاقبة مخالفة القواعد الاجتماعية.

السلطة الشخصية

وتستند السلطة الشخصية أو الفردية على العلاقات الشخصية بين الحاكم ورعاياهو تتجسد القوة في شخص صاحبها ،وتحترم فضائله الشخصية : قوته البدنية ، ومكانته الطبيعية ، وقوته المادية أو الخفية ، إلخ.

يجب تمييز السلطة الشخصية عن تشخيص السلطة إن إضفاء الطابع الشخصي على السلطة ظاهرة موجودة في الديمقراطيات المعاصرة تجد أساسها في صعود السلطة في أيدي سلطة مؤسسة.

السلطة المؤسسة

يقال إن السلطة مؤسسة عندما يتم فصلها عن شخص صاحبها للإشارة إلى كيان مستقل وتوجد السلطة في حد ذاتها مستقلة عن وكلائها ويتم توزيعها وفقًا لقواعد عامة وغير شخصية وموضوعية تحدد طريقة اكتسابها وشروط ممارستها.

وهكذا فإن انفصال السلطة عن الأفراد الذين يتولون مهمتها مؤقتًا يضمن استمرارها بمرور الوقت تتميز السلطة الآن عن وكلائها الذين هم فقط الممارسون المؤقتون لها.

الصفات الدائمة للسلطة

تتضمن السلطة علاقة مزدوجة بين الأمر والطاعة، وبالتالي التمييز بين من يأمر ومن يؤمر.

الخصائص المميزة لسلطة الدولة

سلطة الدولة واقعية وتتأرجح بين الفعلية والقانونية إنها في الواقع مدنية ومؤقتة من ناحية، وحصرية من ناحية أخرى.

سلطة مدنية ومؤقتة

سلطة الدولة هي سلطة مدنية و سلطة مؤقتة.

هذا الطابع الخاص يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات المدنية والعسكرية و السلطة المدنية المنظمة من أجل السلم يمارسها المدنيون، على عكس القوة العسكرية، وهي موجهة نحو

الدفاع عن البلاد، وبالتالي فإن السلطات العسكرية منفصلة عن السلطات المدنية التي تخضع لها.

هذه هي الطريقة التي يُمنح بها رئيس الدولة وهو سلطة مدنية ، لقب رئيس القوات المسلحة.

السلطة الحصرية

تمتلك سلطة الدولة احتكارًا مزدوجًا لنشر ثقافة سيادة القانون والإكراه المنظم.

احتكار إرساء قواعد القانون

وبالتالي فإن الدولة ليست وحدها لوضع قواعد القانون توجد سلطة معيارية في جميع المنظمات الاجتماعية المجتمع والنقابات والجمعيات إلخ، ومع ذلك فإن قانون الدولة فوق القواعد القانونية الأخرى التي تنبثق جميعها من القواعد الصادرة عن الدولة.

الأمر متروك للدولة، التي تحافظ على المصلحة العامة والضامنة للنظام العام، لتوجيه وتحديد حقوق الفاعلين الاجتماعيين الآخرين حسب الحاجة. الأمر متروك لها كذلك للتحكيم في نهاية المطاف في أي نزاعات.

اذا لم تكن الدولة تحتكر السلطة المعيارية ،فلها حق الأمر والطاعة "**سلطة القانون**" ، الدولة ، في نطاقها الإقليمي ،هي الكيان الوحيد القادر على وضع قواعد السلوك وضمان احترامها بالنسبة للمخاطبين بها

احتكار الاكراه المنظم

تحتكر الدولة سلطة الإكراه التي تمكنها من تنفيذ قراراتها وجعلها تعلو على القرارات الأخرى. وإجبار المحكومين على الامتثال بالقوة إذا لزم الأمر.

ان وجود سلطة الاكراه يعد عنصر أساسي في تعريف الدولة.

أخيرًا لدى الدولة نظام عقوبات منظم و أكثر تعقيدًا من نظام المنظمات الاجتماعية الأخرى تظهر الطبيعة المنظمة للإكراه من خلال وجود نظام قضائي مع ضمانات قضائية وجهاز قمعي لمعاقبة المخالفين لقانونها.

المقطع الأول: الشخصية القانونية

الدولة كيان يتمتع بوجود متميز عن الأفراد الذين يؤلفونها، أو الحكام الذين يعبرون عن إرادتها و من أجل ضمان استمراريتها وجعلها مركزًا لصنع القرار تم إنشاء الدولة كشخصية اعتبارية.

تمنحها الشخصية القانونية وجودًا قانونيًا مماثلًا لوجود الأشخاص الطبيعيين بينما تقدم لها نفس إمكانيات التصرف.

الفرع الأول:أساس الشخصية القانونية

الشخصية القانونية هي صفة ترتبط بالأشخاص الطبيعيين والاعتباريين تمنحهم الأهلية ليكونوا أصحاب حقوق والتزامات وان يكونوا موضوعا للحقوق من خلال القيام بالتصرفات،ومن خلال التمتع بذمة مالية.

تتكون من الممتلكات الخاصة عن طريق إدارة الميزانية ،الى جانب التمتع بأهلية التقاضي.

وبحسب الفقيه **كاريه دي مالبيرج** فإن الدولة هي "**كائن قانوني يتم فيه تلخيص الجماعة الوطنية بشكل مجرد** " ويكون موضوعا للحق يحمل اسم الشخص الاعتباري على عكس الشخص الطبيعي.

الشخصية القانونية وهي خيال قانوني تجعل من الممكن إنشاء الدولة كمركز للحقوق والمسؤوليات.

ومن ثم يُعترف به على أنه يتمتع بالأهلية القانونية التي تمنحه سلطة الرغبة والتصرف نيابة عن الجماعة، وبالتالي المشاركة بنفس الطريقة التي يشارك بها الشخص الطبيعي.

وبالتالي ،فإن هذه الشخصية القانونية تمكنه من تولي مسؤولية مصالح الأمة بشكل دائم

وتنبع الشخصية القانونية للدولة من تأسيس السلطة و لا ينبغي هنا الخلط بين الدولة و الشخصية الاعتبارية وسلطاتها التي تجسدها والتي تستمد صلاحياتها من الدولة.

الفرع الثاني:نتائج الشخصية القانونية

للاعتراف بالشخصية القانونية في الدولة مزايا معينة

أولا :تمنح الشخصية الاعتبارية الدولة التمتع بالحقوق والالتزامات

يمكن للدولة امتلاك الممتلكات والتعاقد وإدارة المرافق وتمويل مختلف المرافق.

وللقيام بالتزاماتها المالية، لديها موارد تستمدها من مجالها أو من الضرائب وتظهر هذه الموارد والنفقات في ميزانيتها. لا يمكن للدولة التمتع بذمة مالية إلا لإنجاز مهمتها لأنها تعتبر شخصية اعتبارية.

ثانيا: تضمن الشخصية وحدة الدولة ودوامها واستمراريتها

تنفصل الدولة من حكامها المؤقتين والأجيال التي تخلف بعضها البعض إنها دائمة لأن التغييرات التي تحدث في تكوينه أو اتجاهه لا تؤثر على وجوده ولا على مدة قراراته.

تبقى القوانين أو المراسيم نافذة على الرغم من أي تغيير يطرأ على شكل الدولة أو نظام الحكم فيها،وذلك ما لم تقم الدولة بإصدار تشريعات أخرى تلغي التشريعات الأولى أو تعدلها .

ثالثا : ضمان استمرار عمل السلطات

إن الشخصية القانونية المنسوبة إلى الدولة تجعل من الممكن التخلي عن المفهوم الوراثي للسلطة لصالح مفهوم وظيفي، وهكذا لم يعد للحكام حق شخصي في ممارسة السلطة السياسية ،بل يتمتعون باختصاص فقط. تُنسب أفعالهم إلى الدولة التي يتصرفون باسمها.

أخيرا في القانون الدولي تعد الشخصية القانونية أساس المساواة بين الدول إذا كانت كل الدول مختلفة ماديًا، يبقى أنها متساوية قانونًا يأخذ القانون الدولي الدول فقط في الاعتبار كأشخاص اعتباريين ليس بصفتهم أصحاب سلطة.

كذلك تبقى حقوق والتزامات الدولة في المجال الدولي قائمة طالما أن الدولة باقية ، وهذا يعني أن كل تغيير في شكل الدولة ،أو تغيير نظام الحكم فيها ،أو أيضا أن كل تغيير في أشخاص حكامها لايؤثر أبدا في بقاء حقوق الدولة والتزاماتها الدولية ، فتبقى هذه الحقوق والالتزامات كما هي برغم هذه التغييرات.

المقطع الثاني : السيادة

السيادة صفة أساسية للدولة وهي شرط ضروري وكافٍ لوجودها.

الفرع الأول : تعريف السيادة

يعرف اللفقيه Laferrière السيادة كسلطة قانونية أصلية وغير مشروطة وعليا، وهو يشير بهذا إلى أن الدولة تستمد قوتها من نفسها فقط ،وأنها قائمة على القانون وليس لها مثيلولا تخضع لأي سلطة أخرى، والسيادة هي سمة قانونية للدولة ،وهي تترجم استقلالها وتبرر القوانين السيدة التي تسمح لها بتنظيم نفسها بحرية دون أي تدخل من سلطة أخرى.

فإن السيادة تتضمن سلطة عليا، وليست تابعة، وليست محدودة، وتشمل مظاهر السيادة، السيادة الداخلية والسيادة الخارجية.

داخليا ومقتضاها أن يكون لسلطة الدولة دون سواها السلطة الكاملة والمطلقة عل اقليمها ومن يستقرون على هذا الاقليم ،وذلك دون أن تشاركها أو تحد من سلطانها أو تقيدها أي سلطة أخرى فارادتها هي الارادة العليا التي تسمو على كل الارادات في داخل الدولة ،وهي التي تستطيع أن تصدر أوامر نهائية لايتوقف نفاذها على ارادة أي سلطة أخرى.

اذا يتعلق الأمر بالسيادة داخل الدولة بموجب هذا الشكل من أشكال السيادة والذي يعني كذلك أن السيادة المطلقة للسلطة السياسية.

ومع ذلك فإن تفوق السلطة السياسية ليس في القدرة المطلقة ولا التعسف ، ومن الواضح أن السلطة العليا تظل خاضعة للقانون بمعنى أدق سيادة القانون.

أما في **المجال الخارجي** وعند الحديث عن سيادة الدولة فهي مرادفة للاستقلال، وبالتالي لا يمكن لأي قيد خارجي عن الدولة أن يفرض عليها احترام القواعد أو المعايير القانونية.

وهي تعني في الواقع المساواة بين جميع الدول ذوات السيادة ، ومن ثم فلا تعد دولة كاملة السيادة تلك التي لا تتمتع باختصاص خارجي كامل كالدول المحمية التي تتنازل طبقا لمعاهدة تعقدها مع دولة أخرى الدولة الحامية ،وكذلك الوضع بالنسبة للدويلات الداخلة في تكوين الدولة الاتحادية لأن هذه الدويلات وان كانت تتمتع باختصاصات داخلية معتبرة ،إلا أن الحكومة المركزية هي التي تنفرد دونها بالقيام بالاختصاصات الخارجية.

مما سبق يترتب على ذلك أن السيادة تسمح للدولة ليس فقط أن يكون لها سلطة التنظيم الذاتي (تمتلك الدولة اختصاص اختصاصها) ولكن أيضًا لتطوير نظامها القانوني من خلال الدستور.

مع ذلك تجدر الإشارة إلى أن التأكيدات المتعلقة بهذين الشكلين من السيادة بعيدة كل البعد عن أن يكون لها في الأزمنة المعاصرة خاصة في ظل العولمة الطابع المطلق الذي كان يُنسب إليها منذ فترة طويلة.

إن تطوير الحقوق والحريات المعترف بها للإنسان، وتعدد المنظمات والهياكل القانونية العابرة للحدود الوطنية تشكل قوة معتبرة لمنافسة سلطة الدولة.

الفرع الثاني: مصدر السيادة

بدأت مسألة تحديد صاحب السلطة السياسية تثار منذ عصر النهضة في القرن السادس عشر ، لكنها وصلت إلى ذروتها مع عصر التنوير (القرن الثامن عشر) مع استبدال السيادة بالسيادة النظرية، غير أن الفقه الدستوري يتناول موضوع مصدر السيادة من خلال نظريتين ، نظرية سيادة الأمة، ونظرية سيادة الشعب.

أولا: نظرية سيادة الأمة

إن مبدأ السيادة الوطنية هو بالأساس فرنسي وترجع للفقيه SIEYES الذي أعطاها تعبيرًا ملموسًا .

كما أن نجاح هذه النظرية هو أنها تظهر كتوجه حقيقي، كما يتضح من المادة 3 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أغسطس 1789، والتي تنص صراحةً على أن: "**مبدأ كل سيادة يكمن أساسًا في الأمة. لا يمكن لأي جسم أو فرد أن يمارس سلطة لا تنبع منها صراحة** ".

الى جانب جعل هذه النظرية الأمة المصدر الوحيد وصاحب كل سلطة داخل الدولة. الآن الأمة هي فكرة مجردة وخيال قانوني خالٍ من أي مضمون مادي.

الأمة عبارة عن كائن جماعي لا ينفصل عن الأفراد الذين يؤلفونه ،وهي هيئة قانونية لها وجودها كائن حقيقي متميز عن أعضائها ،وهي أيضا تجمع بشري يرتبط فيه الأفراد بروابط

موضوعية مثل العرق أو الدين أو العادات أو التقاليد (المفهوم الألماني) و / أو الروابط الذاتية مثل الإرادة المشتركة للعيش معًا لتحقيق المثل العليا (مفهوم فرنسي).

هذا التجمع الإنساني كله ينتج كيانًا مشخصًا هو الأمة صاحبة الحقوق والواجبات

انها تشمل حسب البعض الأحياء والأموات، وحتى أولئك الذين سيموتون و هذا الجسم الأخلاقي والجماعي له "ذاته المشتركة ، حياته وإرادته" (روسو). وهو صاحب السيادة الحصري لأنه تنبثق منه جميع السلطات التي تمارس بداخله.

النتائج المترتبة عن نظرية سيادة الأمة

تضم نظرية السيادة الوطنية السلطة السيدة في جسم الأمة بما يتعارض مع المفاهيم الثيوقراطية، أو المطلقة للسلطة فإن نظرية سيادة الأمة المقترنة بفكرة التمثيل لا تؤدي بالضرورة إلى النظام الجمهوري.

يمكن أن يُعهد بممارسة السيادة إلى ملك يمثل الأمة بشكل شرعي دون حتى أن يتم انتخابه كما هو الحال في بريطانيا،إسبانيا بموجب إمبراطورية دستور 1791 .

لكن الأمة هي خيال قانوني خالٍ من أي أساس مادي. نظرًا لعدم قدرتها على التعبير عن رغباتها الخاصة ،فهي ملزمة باللجوء إلى من يمثلها، وهم أشخاص طبيعيون مخولون بالتصرف باسمها ونيابة عنها.

طبيعة سلطة الاقتراع

المنتخب هو وكيل عن الأمة يعمل باسم الأمة ويتحمل كل تبعات الأفعال التي يلتزم بالقيام بها.

ان عملية اختيار المنتخب ليست حقًا ،ولكنها أهلية بسيطة تمنحها الأمة لمن تعتبره الأقدر والأكثر ملائمة وهذا يعني أولئك الأشخاص الذين لديهم صفة مواطن الأمة.

ثم نتحدث عن "**الانخاب وظيفة**" التي تبرر القيود المفروضة على حق التصويت.وبالتالي في ظل سيادة الأمة يمكن أن يكون الاقتراع عاما،أي مفتوح للجميع،أو مقيدًا،أي أن ممارسته تقتضي توفر بعض الامتيازات كالقيود المالية أو العلمية.

نظام المنتخبين

في ظل نظرية سيادة الأمة لا يمثل المنتخبون دائرة انتخابية إقليمية أو مجموعة عرقية أو حزب سياسي ولكن يمثلون الأمة بأسرها.

النيابة وطنية لذا فإن أي تعديل إقليمي ليس له تأثير قانوني على التمثيل الوطني،وعلى العكس من ذلك لا يُطلب من المرشحين في الانتخابات الوطنية (الانتخابات الرئاسية والتشريعية) تقديم على أي دليل يثبت صلتهم على بالدائرة الانتخابية التي يسعون للحصول على الأصوات داخلها.

وتعد نيابة الممثل المنتخب وطنية ويُفترض أن يكون الشخص المختار وكيلاً للأمة بأكملها.

وهذه النيابة غير قابلة للإلغاء خلال فترة المجلس التشريعي حتى لو استقال الممثل من حزبه، أو رفض الوفاء بالتزاماته الانتخابية،لا يمكن أن تنتهي فترة ولايته إلا في الحالات التي ينص عليها الدستور صراحةً حل المجلس، أو الوفاة، أو الاستقالة، أو العجز الدائم للممثل المنتخب.

وتضمن النيابة التمثيلية استقلالية وكرامة الممثل الذي يقدر مصالح الأمة بضميره وتمنح الممثل المنتخب سلطة تقديرية تخوله التصرف كما يشاء دون التقيد بأي شكل من الأشكال التعليمات المحددة من طرف الناخبين.

أولا :نظرية السيادة الشعبية

تنسب صياغة نظرية السيادة الشعبية إلى الفقيه جان جاك روسو،الذي يعتبر فكره المعقد والمتناقض أحيانًا مصدر المفهومين لسيادة الشعب.

ومع ذلك كان نجاح نظرية السيادة الشعبية على الأقل في فرنسا وفي البلدان ذات التقاليد القانونية والسياسية الفرنسية، غير أنه أثرت هذه النظرية على دستور السنة الأولى في 1793/06/24 الذي يكرسها صراحة بالنص في المادة 25 منه **على أن "السيادة للشعب ... لا يمكن لأي جزء من الشعب ممارسة سلطة الشعب كله.**

نظرية السيادة الشعبية تجعل المواطنين ،أو الشعب هو المالك الحصري للسلطة السيدة و تقوم السيادة الشعبية على مراعاة الأشخاص الملموسين ،والموجودين بموضوعية.

علـى عكـس نظريـة سـيادة الأمـة التـي تجعـل مـن الأمـة فكـرة مجـردة ،فـإن الشـعب حقيقـة ملموسة لأنه يتكون من رجال ونساء وأطفال حقيقين من بلد معين في وقت معين.

السيادة من اختصاص كل فرد ،الذي هو في نفس الوقت موضوع وحامل لجزء من السيادة يسمح له بالمشاركة في كل شيء لهذه الأسباب نتحدث عن سيادة مجزأة ومقسمة ومشتركة بين جميع الأفراد الذين يشكلون الشعب لأن كل مواطن يحمل جزءًا بسيطًا من التفويض الذي يمنحه المحكومين للحكام.

نتائج نظرية السيادة الشعبية

ترتبط نظرية السيادة الشعبية ارتباطًا وثيقًا بفكرة الديمقراطية، مما يجعل كل مواطن عضوًا فاعلًا في الجسم الاجتماعي، وتهتم كذلك بالدرجة الأولى بتعزيز وحماية المواطن من خلال نظام مشاركة مباشر ونشط وفعال.

إنها تؤدي منطقيًا إلى الديمقراطية المباشرة من حيث أن التنظيم المؤسسي للسلطة الذي تنطوي عليه يجعل المواطن مصدر ونهاية أي منظمة مجتمعية.

إن السيادة الشعبية التي تعكس الإرادة الآنية للمواطنين الموجودين لا يمكنها إلا التحرك والتعبير عن نفسها والازدهار في إطار نظام جمهوري.

في الواقع إنها تهدف إلى الترجمة الموضوعية لإرادة المواطنين الذين يعيشون في لحظة معينة من التطور الاجتماعي.

طبيعة سلطة الاقتراع

يتم تقاسم السيادة بين مختلف مكونات الجسم الاجتماعي، ولا يمكن استبعاد مواطن من التعبير عن الإرادة الوطنية لسبب أو لآخر. فالانتخاب حق يهدف إلى ضمان المشاركة الأساسية لكل مواطن في ممارسة حقه في السيادة.

يعد الانتخاب حقا لكل مواطن بصفته صاحب جزأ من السيادة و لا يمكن حرمان أي فرد بسبب السن المطلوب والقدرة العقلية لممارسة حق الانخاب كون هذا الأخير ليس وظيفة ، فالمواطن حر في ممارسة هذا الحق أم لا، والسيادة الشعبية بطبيعة الحال تتماشى منطقيا والاقتراع العام.

العلاقات بين الحكام والمحكومين

يؤدي مبدأ السيادة الشعبية إلى الديمقراطية المباشرة. يشارك الشعب مباشرة في ممارسة السلطة السياسية من خلال تعيين ممثليه أو من خلال المشاركة في عملية صنع القرار.

السيادة الشعبية تعترف بنظام التمثيل السياسي. ومع ذلك ، فإن الممثلين مرتبطون بوكالة إلزامية مع الناخبين تسمح لهم بإعطاء التوجيهات السابقة التي يطلب منهم تطبيقها و يجوز عزل النائب المنتخب إذا لم يحترم تعليمات الناخبين.

يعد الممثل المنتخب مسئولا مباشرة أمام الناخبين الذين يمكنهم التنصل منه أو معاقبته لأنه قبل كل شيء ممثل للناخبين في دائرته الانتخابية.

ويعد كذلك القانون تعبيرا عن ارادة الأغلبية حيث يتعين على الأقلية الاذعان لرأي الأغلبية.

أخيرا فان أهم نقد وجه لنظرية سيادة الشعب أن هذه النظرية تحمل في طياتها حتمية يمكن أن تجعلها خطرة على المواطنين لدرجة أنه من المحتمل أن تؤدي إلى "استبداد الأغلبية.

يُفترض أن أي قانون أقرته الأغلبية هو قانون جيد، ويعبر عن الإرادة والمصالح العامة ،وبالتالي فهو منظم للحرية ويحميها إن الارادة العامة سوف تماثل مع الأغلبية ، ويمكن للأخيرة أن تستخدم جميع صلاحياتها لفرض ديكتاتوريتها.

.المقطع الأول: الدولة الموحدة

الهيكل الموحد أو البسيط هو الشكل الأكثر شيوعًا للدولة لأن معظم الدول منظمة وفقًا للنموذج الوحدوي: الجزائر،فرنسا ،إسبانيا ،إلخ.

أولا : خصائص الدولة الموحدة

تتمحور الدولة الموحدة حول مبدأ الوحدة وتنبع السلطة داخل مجال الدولة من الدولة نفسها التي هي المركز الوحيد للقرار، الدولة هي سيدة على أراضيها وسكانها.

وتنقل إرادتها بشكل موحد في جميع أنحاء أراضيها على جميع أنحاء سكانها، والتي تخضع لنفس السلطة الموحدة.

لذلك هناك ميزتان تميزان الدولة الموحدة: البساطة التنظيمية وتعايش العنصر البشري.

أ بساطة التنظيم:

لاتشارك الدولة الموحدة سيادتها مع أي وحدة تعيش على أراضيها حيث يعتبر كيانًا موحدًا ومتجانسًا غير متمايز تُسند عليه سلطتها. من خلال أجهزتها في مناطق إدارية تتوافق مع المناطق الإدارية المحلية التي تشكل أطر تطبيق السياسات الوطنية.

نتيجة لذلك فإن الدولة هي واحدة في الهيكل مع تنظيم واحد يضم فقط جهازًا سياسيًا واحدًا يؤدي جميع وظائف الدولة.

جهاز الدولة فريد من نوعه ويتكون من سلطة تنفيذية واحدة، وبرلمان واحد، وتنظيم قضائي واحدة، ونظام قانوني واحد يمتد اختصاصه دون تمييز إلى الإقليم بأكمله.

وبالتالي لا يوجد سوى منظمة سياسية وقانونية واحدة تتمتع بسيادة كاملة ويعبر عن إرادته الموحدة لجميع أجزاء الإقليم.

وتعود السلطة السياسية في الدولة الموحدة فقط إلى السلطات التي أنشأها الدستور.

يمكن للدولة أن تنشئ جماعات ثانوية يمكنها تخصيص سلطات أكثر أو أقل لها. هذه الجماعات هي تابعة لها.

النموذج الموحد عمودي بشكل أساسي بسبب التسلسل الهرمي للعلاقات القانونية التي تحتفظ بها الدولة مع الجماعات الفرعية للدولة .

ب تعايش العنصر البشري:

الدولة واحدة في عنصرها البشري ،وهي تمتد سلطاتها على جميع أراضيها دون الاعتراف بأي خلافات بين الأشخاص الخاضعين لولايتها و قراراتها تلزم الجميع مما يؤدي إلى "تجانس في السلطة" في إطار جماعة موحدة ،وبالتالي فإن توحيد العمل يضمن تماسك العنصر البشري لأنه يجمع بين مجموعة سكانية مندمجة بشكل جيد والتي تتكامل من خلال خصوصياتها المحلية التضامن القديم.

ثانيا: تنظيم هياكل الدولة الموحدة بين المركزية واللامركزية الادارية

تعرف الدولة الموحدة التقسيمات الإقليمية التي تظهر في شكل العديد من الأشكال بين الأفراد والسلطة المركزية يمكن للبناء القانوني للمجال الإداري أن يتخذ أشكالًا مختلفة.

المركزية الادارية والدولة الموحدة:

في بعض الحالات قد تكلف الدولة الموحدة السلطة المركزية بتوجيه وإدارة جميع الشؤون الوطنية والمحلية هذه العملية تتوافق مع المركزية التي هي عملية تتمثل في تكليف السلطة المركزية بإدارة الشؤون العامة.

في المركزية يتم التعامل مع جميع المشاكل الوطنية أو المحلية من قبل المركز الذي لا يعترف بأي أهلية قانونية للنواحي الأخرى الدولة هي الشخص العام الوحيد ذو الطابع الإقليمي في إقليمها.

لا توجد سلطات محلية أخرى (بلديات ،مجتمعات ريفية ،إلخ) لا يمكنها تحمل مسؤولية المشكلات الخاصة بمنطقة معينة ،وبالتالي فإن الدولة وحدها تضمن من خلال ميزانيتها ومن

خلال وكلائها تلبية احتياجات المصلحة الوطنية عن طريق مرافقها المركزية،وتكليف الفروع المحلية لهذه المرافق بحل المسائل ذات الاهتمام المحلي.

و لا تتعارض المركزية مع التقسيم الإقليمي إلى دوائر قد تكون موجودة ولكن ليس لديها إرادة خاصة بها إنها مجرد مناطق نقل بسيطة لإرادة واحدة تبدأ من مركز الدولة وتنتقل إلى أبعد أجزاء التراب الوطني.

اللامركزية الادارية والدولة البسيطة:

في حالات أخرى يمكن أن تشارك الدولة في إدارة الشؤون العامة أشخاص أخرين من خلال إنشاء جماعات محلية تتمتع بالشخصية القانونية التي تُعهد بإدارة الشؤون المحلية أو الخاصة إلى الأشخاص العموميين تحتفظ الدولة بالشؤون الوطنية لنفسها هذه العملية تتوافق مع اللامركزية.

اللامركزية هي عملية عكسية وهي تتمثل في نقل إدارة الشؤون المحلية إلى الجماعات المستقلة والمنتخبة، وفي نظام اللامركزية، لم تعد الدولة هي الشخص العام الوحيد. على العكس من ذلك، فهي تتعايش مع الأشخاص العامين الآخرين التابعين للدولة.

تقوم اللامركزية على أساس تقاسم السلطات بين الدولة التي تتولى الشؤون الوطنية والجماعات اللامركزية التي يُعهد إليها بإدارة الشؤون المحلية البحتة.

وتقوم اللامركزية على ثلاثة شروط :

- وجود مصالح محلية
- الشخصية القانونية،
- التمتع بالسلطات الحقيقية

المقطع الثاني: الدولة المركبة

يمكن تفكيك الهيكل المادي للدولة يمكن تقسيم الدولة إلى عدة كيانات تتجسد في صورة دول مجردة من بعض سماتها وبينها روابط موحدة.

تاريخيًا تم الانتقال من الأشكال الأولية إلى الأشكال الحديثة للدول المركبة.

الفرع الأول:الأشكال الأولية للدول المركبة

ترتبط الأشكال الأولية للدول بظاهرة الأسرة الحاكمة لدرجة أنها لا تقدم سوى الاهتمام التاريخي اليوم الاتحادات الشخصية تشكل الاتحادات الحقيقية للدول والأشكال الأولية الرئيسية للدول المركبة.

أولا : الاتحادات الشخصية

تجد الاتحادات الشخصية أساس ميلها إلى الملكيات القديمة وغالبًا ما كانت نتيجة لانتقال السلطة الملكية التي يمكن أن يكون لها عرشان يحتلهما نفس الملك. وهكذا يمكن أن يكون لملكيتين أو أكثر نفس السيادة.

يمكن أن ينتج الاتحاد أيضًا عن النقل الارادي أو غير الارادي للسيادة بعد معاهدة دولية.

يجمع الاتحاد الشخصي في شخص من نفس الرئيس دولتين أو أكثر تحتفظ قانونًا بكامل صلاحياتها الحكومية.

الاتحاد موجود في شخص رئيس الدولة الذي له عدة أدوار والذي لا يتدخل أبدًا كرئيس للاتحاد ولكن أحيانًا كرئيس لدولة وأحيانًا كرئيس لدولة أخرى، فقط القواعد الدستورية المتعلقة بنقل السلطة تعد مشتركة بين الدول والوحدة توقف بشكل طبيعي عندما تختلف هذه القواعد.

ومن أمثلة الاتحاد الشخصي اتحاد بولونيا وليتوانيا الذي قام في عام 1885، والاتحاد الذي قام بين انجلترا وهانوفر سنة 1714، واتحاد البيرو وكولومبيا وفنزويلا سنة 1813.

ثانيا :الاتحادات الحقيقية

على عكس الاتحاد الشخصي الذي يتجسد في شخص رئيس الدولة، فإن الاتحاد الحقيقي هو أن الدول شريكة فيما يتعلق بهدفها أو نشاطها المشترك.

إنه ارادي أكثر منه عرضي وهو أكثر تكاملاً لأنه يوحد كيانين أو أكثر من كيانات الدولة في شخص رئيس الدولة نفسه الذي يمتلك السيادة والسلطة.

الاتحاد الحقيقي يتعلق بملكية السلطة ،ولكن أيضًا جزئيًا يتعلق بممارسة السلطة يستطيع ويؤدي إلى وحدة رئيس الدولة والأجهزة أو الخدمات الإدارية المشتركة.

الاتحاد الحقيقي دبلوماسي بشكل عام، كما يمكن تحقيقه في مجال الدفاع الوطني والمالي فقط حيث تبقى الحكومة متميزة في فروعها الأخرى وخاصة فيما يتعلق بالتشريعات، وتحتفظ كل دولة بسيادتها الداخلية.

ومن أمثلة هذا الاتحاد اتحاد السويد والنرويج بموجب معاهدة 1815، الى غاية 1905، اتحاد النمسا والمجر 1867 وانتهى سنة 1918.

ثالثا :الأشكال الحديثة للدول المركبة

يمكن أن تتخذ الدولة المركبة اليوم شكلين مختلفين : الكونفدرالية والفيدرالية.

الاتحاد الكونفدرالي أوالتعاهدي :

يوجد في تاريخ الدول العديد من الاتحادات الكونفدرالية ،فالاتحاد ليس دولة ولا حتى اتحاد دول حقيقي.

إنه اتحاد للدول بالمعنى المقصود في القانون الدولي توافق فيه الدول الأعضاء على مواءمة سياساتها من خلال التعاون في عدد من المجالات مع الاحتفاظ في المقام الأول بسيادتها.

في الواقع الاتحاد ليس دولة يمكننا التحدث عن كونفدرالية دول ،ولكن ليس عن دولة كونفدرالية لأن هذه المنظمة لا تميل إلى إنشاء إرادة دولة أعلى ولا شخصية دولية ،ولكن فقط وسيلة لممارسة مشتركة للإرادة الخاصة لكل دولة من الدول الكونفدرالية.

يكمن القانون التأسيسي للاتحاد في معاهدة أو ميثاق دولي في حين أن الدولة (الموحدة أوالفيدرالية) يتم تأسيسها بموجب الدستور في الكونفدرالية يتم احترام أفراد الدولة بشكل كامل.

لا يمكن فرض أي شيء على دولة ضد إرادتها،علاوة على ذلك فإن الدولة الكونفدرالية لها نظريًا الحرية في الانسحاب من الاتحاد وهذا لايتصور مع الدويلات الفيدرالية.

الاتحاد ليس تحالفا بسيطا قد يكون له هيئة تنفيذية، أو تشريعية تجتمع بشكل دوري للتعامل مع الشؤون المشتركة المنصوص عليها في الميثاق.

الهيئات المذكورة أعلاه ليست هيئات تتمتع بإرادتها الخاصة،ولكنها تظهر كنوع من المؤتمر الوطني حيث يتم اتخاذ القرارات بالإجماع، مما يمنح حق النقض للدول الأعضاء.

والقرارات المعتمدة لا تنطبق على الفور في النظام القانوني للدول الأعضاء يجب أن تكون موضع تغطية من خلال التصديق أو الاستفتاء، ويبدو الاتحاد كشكل من أشكال التنظيم الانتقالي إنه غير مستقر نسبيًا بمعنى أنه يتطور نحو الاتحاد المركزي أو التفكك.

ومن أمثلة هذا الاتحاد جامعة الدول العربية التي أنشأت منذ عام 1945، والاتحاد الذي قام بين الدويلات الأمريكية في اطار الاتحاد الكونفدرالي عام 1781 الى غاية 1787 بعد التحول الى اتحاد فدرالي.

الاتحاد الفيدرالي أوالمركزي

الفيدرالية هي فكرة من أصل ليبرالي في البداية كان هناك قبل كل شيء اهتمام باحترام جميع الوحدات التي تشكلت في القاعدة داخل المجتمع المدني يتعلق الأمر باحترام هويات كل منهما.

عكس الكونفدرالية ،تشكل الدولة الفدرالية صيغة متكاملة للغاية للفيدرالية .إنه الشكل الأكثر تفصيلاً ،أودقة للدولة المركبة.

من الواضح أن الدولة تكون فيدرالية عندما تُمنح الوحدات الإقليمية التي تتكون منها في المسائل الدستورية والتشريعية والقضائية مع مثل هذا الاستقلال الذي لا تتمتع به حيث في المجال الدولي.

بالتالي فإن الدولة الفيدرالية هي دولة مكونة من عدة دويلات أخرى تتشارك معها السلطات التي تمارسها الدولة الموحدة في أماكن أخرى .

مثل الولايات المتحدة الأمريكية. روسيا، الهند ،كندا النمسا ،البرازيل، الأرجنتين، ألمانيا.

وهكذا يمكن تشكيل الدولة الفدرالية ،إما من خلال عملية التجميع (الولايات المتحدة الأمريكية – سويسرا)و يتم ذلك عادة من خلال إنشاء اتحاد كونفدرالي يؤدي إلى الاتحاد ؛إما عن طريق التفكك اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية السابق قبل ثورة 1917 ،بلجيكا.

مهما كانت العملية المتبعة يتم إنشاء الدولة الفدرالية بموجب عمل قانوني داخلي وهو الدستور الذي لا يمكن تعديله إلا بموافقة غالبية الدويلات الفيدرالية على الأقل أعضاء الاتحاد الفيدرالي.

تنظيم الدولة الفيدرالية:

تقوم الفيدرالية على ثلاثة مبادئ تسمى أيضًا "قوانين" الاتحاد هذه المبادئ ثلاثة: مبدأ التراكب، مبدأ الاستقلالية ومبدأ المشاركة.

أ- مبدأ التراكب:

الدولة الفدرالية هي نتيجة تنظيم من الدول المستقلة التي قررت التخلي عن سيادتها الدولية لصالح كيان سياسي جديد يتم فرض هذا الكيان السياسي الجديد الذي هو دولة كبرى على الدول الفيدرالية.

مما سبق النتيجة هي تراكب المؤسسات، وهكذا في نفس النظام القانوني نشهد تعدد الأنظمة القانونية انظام قانوني رئيسي ،نظام الدولة الفيدرالية الذي تخضع لها الأنظمة القانونية الثانوية تلك الخاصة بالولايات الفدرالية.

إضافة إلى ذلك من الناحية العضوية يتم التمييز بين البرلمان الاتحادي والبرلمان في كل ولاية اتحادية ثم السلطة التنفيذية الفيدرالية للولايات الفيدرالية وأخيراً (محكمة اتحادية عليا للسلطة القضائية لكل ولاية من الولايات الاتحادية.

من خلال مبدأ التراكب تظهر ثلاث نتائج قانونية:

في المقام الأول على الرغم من تعدد الدول هناك وحدة الحدود حدود الدولة الفدرالية تشمل جميع أراضي الولايات الفيدرالية.

ثانيًا على الرغم من تراكب الأجهزة فإن الدولة الفدرالية فقط هي التي توجد من وجهة نظر القانون الدولي،وبالتالي فإن الدول الفدرالية لا تشكل أشخاصًا اعتباريين بموجب القانون الدولي.

ثالثًا هناك بالتأكيد تراكب بين جنسيات كل دولة ولكن لا توجد جنسية مزدوجة فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص وهذا يعني أن هناك جنسية واحدة، وهي جنسية الدولة الفدرالية التي لها الغلبة على جنسية كل دولة فدرالية.

على الرغم من أن الدولة الفيدرالية تهيمن على التنظيم القانوني والسياسي للوحدات الفيدرالية إلا أنها لا تستوعبها ومن هنا جاء مبدأ الاستقلال.

ب- مبدأ الاستقلال:

يضمن مبدأ الاستقلال التنظيم الحر للولايات الفدرالية. بمعنى آخر ، يعني هذا "**القانون**" أن كل دولة عضو في الاتحاد لها نظامها القانوني الخاص ، وينتج عنه توزيع الصلاحيات بين الهيئة الفيدرالية المركزية والهيئات المحلية (الولايات الفيدرالية). حسب المجال هناك عدة تقنيات ممكنة:

أولاً : يحدد الدستور الفيدرالي الصلاحيات لصالح الاتحاد الفيدرالي ثم تعود جميع الصلاحيات الأخرى إلى الجماعات الأعضاء.

ثانيا : يحدد الدستور الاتحادي صلاحيات الحكومة المركزية واختصاصات الولايات على سبيل الحصر.

ثالثا : تحدد صلاحيات الولايات على سبيل الحصر وتترك صلاحيات الحكومة الفيدرالية دون تحديد.

وهذا التوزيع للسلطات يضمنه الدستور الاتحادي والمحكمة الدستورية (التي تقرر) تنازع الاختصاص.

ج – مبدأ المشاركة

هذا المبدأ يجعل من الممكن إشراك الولايات الفدرالية في القرار الفيدرالي،من الواضح أن مبدأ المشاركة يعني ضمناً تمثيل الكيانات الفدرالية في صنع القرار الفدرالي. **هذا** "**القانون**" ، وفقًا للفقيه كاري دي مالبرج هو المعيار المميز للدولة الفدرالية.

بذلك تشارك الوحدات الاتحادية في السلطة التشريعية الاتحادية. هذا هو ما يفسرأو يبرر نظام الغرفتين أو الطابع المكون من مجلسين للبرلمان الفيدرالي.

ينقسم البرلمان الفدرالي إلى مجلسين: الغرفة الأولى تمثل الشعب والثانية تمثل الدول الأعضاء على قدم المساواة.

ومع ذلك فإن وجود مجلس دول هو فقط ضمانة كافية إذا كانت هذه الغرفة تتمتع بسلطات حقيقية.

السؤال الذي يطرح هو ما إذا كان يجب أن يكون لمجلس الدول نفس الصلاحيات التي يتمتع بها مجلس الشعب ؟.

الحل التقليدي هو تكريس مبدأ المساواة بين الغرفتين، أي إعطاء مجلس الدول سلطات مساوية لتلك التي يمتلكها مجلس الشعب (مثال: سويسرا).

في الولايات المتحدة مجلس الولايات يتمتع مجلس الشيوخ بصلاحيات أعلى من سلطات مجلس النواب ،ولا سيما من خلال الصلاحيات المهمة وغيرا لمشتركة ،التي يتمتع بها في مسائل التصديق على المعاهدات والتعيين في الوظائف العليا

المقطع الأول: مفهوم الدستور

الدستور كلمة فارسية الأصل لها معنيان: فهي تعني أولا الأساس أو الأصل ، وتعني ثانيا الاذن أو الترخيص ،وعندما أخذت اللغة العربية لفظ الدستور عن اللغة الفارسية استخدمته في المعنين المشار اليهما ،ففي لغتنا الدارجة يستخدم لفظ الدستور للحصول على اذن بالمرور،أو دخول مجلس خاص ،أما في اللغة القانونية فان كلمة دستور تعني القانون الأساسي.

أما اصطلاحا يقصد بكلمة دستور التأسيس او البناء أو النظام، **وعليه يمكن تعريف الدستور بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أساس الدولة وتحدد تكوينها.**

والدستور بالمعنى العضوي في الواقع يمكننا أن نتحدث في اللغة اليومية عن الدستور،ويمكن نقل المصطلح في مجال العلاقات الاجتماعية بمعنى أن لكل مجموعة اجتماعية دستورًا معينًا منذ لحظة وجودها يميزها عن الآخرين.

ويحتل الدستور مكانة سلطة الدولة في المجتمع لأنه "تصرف رسمي يُخضع سلطة الدولة لقواعد تحد من حريتها في اختيار الحكام، وتنظيم وعمل المؤسسات، وكذلك في العلاقات مع المواطنين "

الدستور هو قانون سلطة الدولة وفي الدولة يحدد قواعد اللعبة السياسية من خلال تنظيم أشكال نقل السلطات وممارسة السلطة السياسية في الدولة و يحد من سلطة الحكام.

من الممكن تعريف الدستور من خلال إرفاق عدد معين من معايير التعريف والبدء في تصنيف الدساتير.

المطلب الأول : معايير تعريف الدستور

يمكن تعريف الدستور فيما يتعلق بموضوعه أو بنظامه القانوني، النهج الأول يتوافق مع المعيار المادي ،والثاني مع المعيار الشكلي .

الفرع الأول : المدلول المادي أو الموضوعي

يعرف الدستور وفق المفهوم المادي على أنه مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بوضع السلطة في الدولة، مهما كانت طبيعتها أو شكلها الملموس أو الخاص. يمكن أن تكون هذه القواعد مكتوبة،أو غير مكتوبة.

أولا: القواعد المكتوبة

تعتبر القواعد المكتوبة المتعلقة بنقل السلطة وممارستها هي الأكثر أهمية من حيث الكمية والنوعية. يمكن العثور عليها في نصوص الدستور، والقوانين الدستورية، والقوانين الأساسية، والقوانين العادية واللوائح الداخلية للبرلمانات.

أ) الدستور:

من الناحية الرسمية يعد الدستور وثيقة مكتوبة تحتوي على القواعد الأساسية المتعلقة بنقل السلطة السياسية للدولة وممارستها.

يتألف الدستور المعتمد بموجب إجراء رسمي ، من ديباجة ومجموعة نصوص دستورية.

ب) القوانين الدستورية: هدف القوانين الدستورية التي تم اعتمادها وفقًا للقواعد الإجرائية لمراجعة الدستور إلى استكمال أو تعديل الأحكام الدستورية القائمة ،أو إضافة أحكام جديدة و تصبح جزءًا من الدستور بمجرد التصديق عليها بانتظام. فهي ليست موضع رقابة المطابقة مع الدستور لأنها تعبر عن إرادة السلطة التأسيسية المشتقة.

ج) القوانين العضوية:

يتم وضعهم في التسلسل الهرمي للأعمال القانونية بين القوانين الدستورية والقوانين العادية.، تهدف القوانين الأساسية التي تم تبنيها بموجب شروط محددة للأغلبية ،وتخضع لمرقبة دستورية إلزامية ومسبقة وتهدف إلى توضيح أو استكمال بعض أحكام الدستور.

د) القوانين العادية

القوانين العادية هي تلك التي تتم صياغتها واعتمادها من خلال إجراءات برلمانية تقليدية ،أوعن طريق الاستفتاء.

هـ) الانظمة الداخلية المجالس النيابية

تتمتع المجالس البرلمانية بسلطة التنظيم الذاتي التي تمكنها من تحديد الظروف التي تعمل في ظلها. تحتوي هذه اللوائح الداخلية على أحكام تتعلق بالهيكلة الداخلية للسلطة التشريعية، وإدارة المرافق الإدارية أو النظام الداخلي للمجموعة.

ثانيا: القواعد غير المكتوبة

إلى جانب القواعد المكتوبة من المهم الاحتفاظ بجزء من القواعد غير المكتوبة والتي تشمل مايلي :

أ) الاجتهاد الدستوري

يقصد بالاجتهاد الدستوري مجموعة القرارات الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية في المسائل الدستورية، والاجتهاد الدستوري ليس مصدرا رسميا للقانون فقط من خلال توضيح معنى بعض الأحكام أو من خلال تعويض بعض الثغرات أو سكوت في الدستور يصبح مصدرًا ماديًا حقيقيًا.

ب) العرف

يمكن تعريف العرف على أنه مجموعة من الاستخدامات والممارسات الدائمة للحقائق أو العادات المتكررة والثابتة والدائمة والواضحة التي تعتبر ذات قيمة ملزمة.

نتج العرف **من** تقاطع عنصرين:

– عنصر مادي : ممارسة متكررة.

– عنصر نفسي : الاعتقاد بالإلزام أو اقتناع المواطنين باحترام التزام قانوني باتباع الممارسة.

ولقد عرف في القانون الدستوري وهو واقع قانوني يحسب له حساب (GICQUEL). يمكنه تكييف القانون مع متطلبات اللحظة وملء الفراغ الدستوري، أو التأثير بشكل كبير على عمل النظام السياسي.

ثالثا : حدود المفهوم المادي

يأخذ المدلول المادي في الاعتبار تنوع القواعد التي تحكم تطور السلطة السياسية. لا يمكن أن يقتصر الدستور على بيان الأحكام الواردة في مجموعته. ويأخذ في الاعتبار القواعد أو المؤسسات الأخرى التي لم ينص عليها الدستور صراحة بالمعنى الدقيق للكلمة.

هذا المفهوم له عيب رئيسي يتمثل في كونه واسع النطاق للغاية. من خلال اختزال الدستور في المادة الدستورية، لا يمكن أن يعطيه تعريفًا صارمًا تمامًا.

من هذا المنظور يدمج الدستور كل ما يتعلق بشكل رئيسي أو عرضي، بشكل مباشر أو غير مباشر بالتنظيم والوظيفة السياسية.

ان حدود المفهوم المادي يأتي من تعددية وغموض القواعد الدستورية التي لا تتساوى في الأهمية و من الصعب ضمن هذه الكتلة التمييز بين القواعد الأساسية والقواعد الثانوية.

بالإضافة إلى ذلك من الناحية المادية فإن الحدود بين الدستور والقانون واللوائح غير واضحة في بعض الحالات في الواقع تحتوي كل هذه النصوص على أحكام عامة.

الفرع الثاني: المعيار الشكلي

يعتبر الدستور وفق هذا المعيار وثيقة قانونية تحمل هذا الاسم، وبالتالي يسهل التعرف عليها، ولها قيمة عليا في دولة معينة.

يستلزم المعيار الشكلي الاختصاص والإجراء القانوني لوضع الدستور وكذلك طريقة التعبير عن الدستور. الدستور هو وثيقة تم إعدادها ومراجعتها وفقًا لقواعد الإجراءات الرسمية ووفقًا لقواعد اختصاص خاصة..

يتم تعريف الدستور في نهاية المطاف من حاويه وليس من محتواه أي من خلال الوثيقة.

يصبح الدستور إذن "**القانون الأساسي**" للدولة وبوضعه في قمة التسلسل الهرمي للمعايير القانونية، فإنه يتمتع بسلطة قانونية أعلى من تلك الخاصة بقواعد القانون الأخرى وبشكل أكثر تحديدًا على القوانين العادية.

في الواقع لا تختلف المعايير الدستورية والتشريعية فحسب، بل هي أيضًا تدرجية.

منشأ القاعدة الدستورية هو السلطة التأسيسية التي تهيمن على السلطة التشريعية وتتفوق عليها.

حدود المعيار الشكلي

يرتبط المفهوم الشكلي بالجانب العام للشكل وكل ما يتخذه ،أي مظهره ،ثم يظهر هذا المفهوم الشكلي عيبًا في نفس الوقت لأنه شديد التقييد وواسع جدًا فيما يتعلق بجوهر الدستور.

هذا المفهوم محدود النطاق لا يأخذ بعين الاعتبار كل القواعد التي تحكم اللعبة السياسية. والدستور ضمن هذا الإطار مقيد بالقواعد المدرجة رسمياً في متن الدستور.

الحقيقة أنه في الممارسة العملية هناك قواعد أو مؤسسات وكذلك أسس للعبة السياسية لا يحكمها الدستور والتي يمكن أن تحجب اللعبة السياسية الحقيقية ، ومع ذلك يعتمد فهم النظام على معرفة القواعد أو الممارسات أو المؤسسات التي لا ينص عليها دائمًا النص الدستوري.

لا يحتوي الدستور حسب المعيار الشكلي دائمًا على قواعد تتعلق ماديًا بالسلطة السياسية.

في الواقع يمكن ادراج بعض النصوص شكليا في الدستور بعيدة كل البعد عن موضوعات القانون الدستوري .

هذه القواعد ليست "**دستورية**" بالمعنى المادي للمصطلح بقدر ما لا تتعلق بشروط التطور وممارسة السلطة السياسية.

إن وجود مثل هذه الأحكام "**المتطفلة**" كما يسميها البعض في النص الدستوري غالبًا ما يستجيب للرغبة في منحها قدرًا أكبر من الثبات والرسمية أكثر مما لو تم تضمينها في قانون عادي بسيط.

المقطع الثاني:أنواع الدساتير

الدساتير متباينة نسبيًا غير أنه يمكن تصنيف الدساتير على أساس شكلها أو درجة جمودها.

الفرع الأول :التصنيف على أساس شكل دستور

هذا التصنيف هو الأكثر إثارة للاهتمام الذي يجب تذكره من وجهة نظر النظرية القانونية.

بناءً على مظهر الأشياء يمكن للمرء أن يميز بين الدستور المكتوب والدستور العرفي.

أولا: الدستور المكتوب

الدستور المكتوب هو أحدث أشكال الدستور حيث يوظف مفهوم "بناء" للقانون، أي من رؤية أكثر عقلانية تسعى إلى بناء القانون وفقًا لمثل أعلى.

يمكن تعريف الدستور المكتوب على أنه وثيقة تحدد وضع السلطة السياسية للدولة ، يتم وضعها بموجب إجراءات قانونية خاصة ويتم قرارها، أو تعديلها وفق أشكال رسمية.

الكتابة لها مزايا لا يمكن إنكارها توفر الضمانات عند الشك والحماية من التعسف و تاريخيًا كان تثبيت المؤسسات السياسية في نص مكتوب ورسمي قبل كل شيء وسيلة للحد من امتيازات السلطة القائمة.

القاعدة المكتوبة أوضح، وهي بشكل عام خالية من الشك، أو الغموض ويسهل إثباتها وتتميز بأنها دائمة ومصونة حتى يتم إلغاؤها أو تعديلها رسميًا.

أخيرًا يتجاوز الدستور المكتوب إرادة الحكام الذين يخضعون لمعايير مجردة لا رقابة لهم عليها إن الكلمة المكتوبة "**توقف**" تصرفات الحكام في إطار صارم يحد من امتيازاتهم.

ثانيا: الدستور العرفي

لقد كان العرف الدستوري هو السائد قبل أن تظهر موجة الدساتير المكتوبة ابتداء من دستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة1787،ولازال العرف الدستوري مصدرا لكثير من القواعد الدستورية حتى في الدول التي بها دساتير مكتورية ،كما أن بعض الدول مثل انجلترا دستورها دستور عرفي أساسا.[1]

الدستور العرفي ليس من عمل هيئة خاصة يخضع لإجراء معين،ولكن العرف الذي يعتبر مجموعة من الممارسات التي لها قيمة الالتزام القانوني والعرف يخضع لقاعدة الاستمرارية والثبات والإجماع.

ويعتبر العرف الدستوري ثمرة عمل السلطات العامة وعامل الزمن ،ويتكون العرف بتوافر عنصرين : عنصر مادي التكرار ،وعنصر معنوي هو الاعتقاد بأن له قوة الالزام الدستورية.

أ الاستمرارية:

الواقعة المعزولة لا تكفي لإنشاء العرف يمكن أن تشكل "**سابقة**" يجب أن تكون موضوع تكرار مستمر حتى تتمكن من المطالبة بوضع العرف، يمكن أن تكون المدة أقصر أو أطول، و في القانون الدستوري لا يمكن تحديد المدة الزمنية اللازمة بالضبط.

ب الاطراد:

يستلزم العرف وجود وقائع واضحة غير عرضة للتفسيرات المتباينة، أو الغموض المحتمل،و يجب أن تكون الممارسة ثابتة وأن تسير في نفس الاتجاه هناك ممارسة معاكسة تلقي بظلال الشك على العرف .

ج الاجماع: لا يمكن للعرف كمصدر للقانون أن يتطور ويزدهر إلا إذا كان لدى المجتمع "**إجماع**" واسع بما فيه الكفاية حول القيم الأساسية للنظام ورأي عام متجانس بدرجة كافية لقبول صياغة قاعدة بدون إجراء رسمي خاص.

[1] سعاد الشرقاوي،المرجع السابق،ص139.

ثالثا: نطاق التميز

الكتابة لا تستبعد بالضرورة العرف الذي يمكن بدوره تدوينه.

أ) العرف في الدستور المكتوب:

يتعارض التقليد القانوني الفرنسي مع فكرة أن العرف يمكنه تعديل الدستور المكتوب. ومثل هذا الموقف يقوم على أساس فكرة سمو الدستور.

ومع ذلك من منظور اجتماعي لا يوجد سبب للخلاف في أن العرف يمكنه في الواقع تعديل الدستور المكتوب.

بشكل عام غالبًا ما تكون هناك اختلاف بين القواعد المكتوبة التي يرغب فيها المؤسس الدستوري توضيحها والممارسة التي يمكن أن تؤدي إلى اختلالات في القاعدة القانونية، أو إلى نموذج تنظيمي غير ذلك الذي تم وضعه في البداية بواسطة النص المكتوب.

ب) الكتابة في الدستور العرفي

إن الإجراءات والشكلية التي تحيط بصياغة الوثيقة الدستورية هي أكثر تحديدًا من تلك المكتوبة في تكييف الدستور المكتوب أو العرفي.

في القانون يمكن كتابة العرف دون أن يصبح عرفا وبالمثل، قد يتضمن الدستور العرفي أحكامًا مكتوبة تم اعتمادها في شكل قوانين عادية.

في بريطانيا على سبيل المثال يتضمن الدستور الموضوعي كلاً من القواعد السياسية ذات الطبيعة العرفية والقواعد الواردة في النصوص المكتوبة.

رابعا :التكامل بين العرف والكتابة

ظهر التساؤل القانوني حول ما إذا كان العرف كمصدر مادي للقانون يمكن أن يكمل أو يعدل الدستور المكتوب.

أ العرف المكمل:

هو الذي يمكنه ضمن حدود معينة إكمال أو ملء الثغرات أو تطوير منطق النص،و يمكنه أن يضيف قواعد مفيدة أو منطقية ويجعلها تتطور أو حتى تتعارض مع الدستور المكتوب، ولكن ليس بالضرورة مع روحه، وعلى سبيل المثال ،لم ينظم الدستور الأمريكي لعام 1787 تحديد الفترة الرئاسية ، وقد نتج حكم ولايتين متتاليتين عن سابقة للرئيس الأول ، جورج واشنطن ، الذي لم يرغب في الترشح لولاية ثالثة.

وكان هذا العرف في البداية قد انتهكه روزفلت في عام 1940 قبل تكريسه من قبل التعديل الثاني والعشرون المعتمد في عام 1947.

وبالمثل ، لم ينص دستور عام 1787 على الرقابة على الدستورية ، ولكن تم ممارستها منذ عام 1803 من قبل المحكمة العليا باعتبارها النتيجة المنطقية لـ سمو الدستور.

ب العرف المعدل:

تظهر مشكلة العرف، والذي يمكنه أن يعدل نصا مكتوبًا، بينما يعترف بعض المؤلفين بصحتها فإن الغالبية العظمى من الفقه ترفضها تمامًا مستندة إلى مبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية

يمكن اعتبار العرف المعدل قاعدة حقيقية ذات قيمة دستورية، والاعتراف بذلك سيؤدي إلى الاعتراف بقاعدة ذات قيمة أدنى بكثير وهي سلطة التعديل والمراجعة والحرص على إلغاء معيار أعلى من الناحية القانونية، وبالتالي إنكار القيمة العليا للدستور، وكذلك سموه على قواعد القانون الأخرى.

يمكننا الاستشهاد من بين أمثلة أخرى للممارسات العرفية المخالفة حقًا لمراسيم القوانين الدستورية للجمهوريتين الثالثة والرابعة. انتهكت هذه الإجراءات التي اتخذتها السلطة التنفيذية علناً الدساتير قبل أن تحصل في عام 1958 على تكريس دستوري في شكل أوامر.

لا يمكن للعرف أبدًا تعديل أو إلغاء نص دستوري مكتوب ومحدد، وغالبًا ما تكون أوجه القصور في آليات حماية الدستور.

تم الطعن في استخدام المادة 11 لمراجعة دستور 1958 في عامي 1962 و 1969 من قبل الطبقة السياسية، وكثير من الفقه وكذلك المجلس الدستوري ومجلس الدولة ولكن تمت الموافقة عليه من قبل الأشخاص الذين تبنوا هذه المراجعة.

ويميز الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العرف المعدل:

العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف والعرف المناقض.

والعرف المعدل بالإضافة صورته أن يهدف العرف الى منح هيئة من الهيئات سلطة جديدة لم يقررها لها الدستور المكتوب،أما العرف المعدل بالحذف فصورته اسقاط حق من الحقوق أو اختصاص من الاختصاصات التي يقررها الدستور لهيئة من الهيئات،أما العرف المعدل بالمخالفة فصورته مخالفة ايجابية،أو صريحة لنصوص الدستور.[2]

ج العرف المفسر

يقتصر دور العرف المفسر على تحديد معنى نص دستوري مكتوب غامض ،ومعنى هذا أن العرف المفسر لا يلعب دورا الا اذا تعلق الأمر بنص دستوري مبهم وينحسر دور العرف المفسر على ازالة هذا الابهام وتوضيح النص.

وتأسيسا على ذلك فان العرف المفسر يأخذ نفس القوة القانونية للدستور لأنه لا يعدو أن يكون تفسيرا لنص من نصوصه دون اضافة أو تعديل أو مخالفة.[3]

ومن أمثلة العرف المفسر العرف الذي نشأ تفسيرا لنص المادة الثالثة من القانون الدستوري الصادر في 25 فبراير سنة 1875 في فرنسا والذي كان يعطي لرئيس الجمهورية سلطة تنفيذ القوانين ،فقد جرى العمل في ظل الجمهورية الخامسة بالعرف الذي من مقتضاه أن الحكومة تتمتع بسلطة وضع اللوائح التكميلية مع أن دستور سنة 1875 كان خاليا من نص يمنح رئيس الجمهورية سلطة وضع لوائح تكميلية.[4]

[2] سعاد الشرقاوي المرجع السابق،ص144.
[3] ثروت بدوي ،المرجع السابق،ص72
[4] سعاد الشرقاوي،المرجع السابق،ص143.

الفرع الثاني:التصنيف على أساس درجة جمود الدستور

لفهم جوهر هذا التمييز من الضروري أن يضع المرء نفسه ليس عند نشأة الدستور ولكن عند تطوره عندما يتعلق الأمر بإجراء تعديلات لتكييفه مع الظروف المتغيرة،ومن هذه الزاوية تقليديا يتم التمييز بين الدستور المرن والدستور الجامد.

أولا: الدستور المرن

في تاريخ الدستورية ،اختار عدد قليل من الدول دستورًا مرنًا ،يُظهر تاريخ الدول بعض الحالات القديمة للدساتير المرنة:بريطانيا التي لديها دستور عرفي ومرن ،نيوزيلندا التي قررت في عام 1947 تخفيض دستورها إلى مرتبة القانون العادي ، جمهورية الصين الشعبية حيث لم يحدد دستور 5 مارس 1978 شروطا خاصة لممارسة المؤتمر الشعبي الوطني لسلطته لتعديل الدستور.

ويتم تقييم المرونة فيما يتعلق بسهولة الشروط التي يمكن بموجبها إجراء تغييرات على الدستور.

نقول عن هذا الدستور أنه مرن عندما يكون إجراء المراجعة سهل التنفيذ وعندما يمكن مراجعته بسهولة وفقًا لإجراء لا يختلف عن الإجراء التشريعي العادي.

لا يحتل الدستور المرن مكانة أعلى هرمياً من القانون العادي في كتلة الشرعية.

ويقع في نفس المستوى في التسلسل الهرمي للقواعد مثل القانون العادي.

ويسمح الدستور المرن بإعادة تعديل النظام الدستوري دون تفكك للثقافة السياسية المتطورة، ومع ذلك فإن من مساوئه ترك مصير الدولة في أيدي أغلبية برلمانية يمكنها تغيير قواعد اللعبة السياسية بالشكل الذي تراه مناسباً.

ثانيا: الدستور الجامد:

لقد ظهرت تقنية الدساتير الجامدة في نهاية القرن الثامن عشر في الولايات المتحدة مع دساتير الولايات الفيدرالية التي سبقت الدستور الفيدرالي لعام 1787، وهي مستوحاة من اهتمامات حماية الديمقراطية والشرعية الدستورية.

الميثاق الأساسي للدولة، الدستور وهو نص تمت صياغته بعناية وتحريره بعناية فائقة ويقع في أعلى التسلسل الهرمي للمعايير القانونية ،ومن ثم فإن له الأسبقية على جميع الإجراءات القانونية الأخرى للهيئات المنشأة ،سواء كانت تشريعية أو تنظيمية.

منذ اللحظة التي تحدد فيها النصوص الدستورية حدودًا ملزمة لتعسف السلطة، يجب أن تكون أكثر، أو أقل صعوبة للتعديل.

ويستجيب الجمود الدستوري لهذا الانشغال حيث يُخضع مراجعة الدستور لإجراء صعب بسبب قواعد الاختصاص والإجراءات.

تتم مراجعة الدستور وفق إجراء أعلى من الإجراء المتبع في القانون وينتج عن هذا تمايز عضوي وإجرائي مزدوج (الأغلبية المؤهلة أو الاستفتاء) بين السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية.

وهو مستوحى من مخاوف الديمقراطية والشرعية ويهدف الجمود إلى وضع القواعد والمبادئ الأساسية للنظام السياسي بعيدًا عن متناول المشرع،و يُمنح أسبقية لا جدال فيها بالإضافة إلى تمثيل نموذجي ومعزز للمؤسس الذي وحده لديه القدرة على التأثير على المصير السياسي للمجتمع.

التمييز المرن والجامد له مصلحة نسبية فقط من وجهة نظر رسمية لأنه يخاطر بتكرار التمييز العرفي والمكتوب الدستور العرفي مرن والدستور المكتوب يتميز بجموده، ومع ذلك من وجهة نظر اجتماعية قد يكون التمييز مصطنعًا.

لاتوجد علاقة مباشرة بين الطابع الجامد، أو المرن للدستور وما إذا كان مكتوبًا، أم عرفيًا لأن أحد الفروق يتعلق بالمراجعة والآخر يتعلق بصياغة الدستور.

المقطع الأول: أساليب نشأة الدساتير

ان وضع القواعد الأساسية المتعلقة بتفويض السلطة وممارستها هو امتياز يعود إلى السلطة التأسيسية الأصلية حيث تمنح الأخيرة سلطة وضع الميثاق الأساسي للسلطة السياسية للدولة وفقًا لإجراءات تختلف وفقًا للمعتقدات السياسية السائدة في النظام السياسي.

ان المثل الأعلى الديمقراطي يجعل الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية ؛ فقط هناك حالات ينقص فيها الطابع الديمقراطي أو يكون ضعيفًا،وهكذا من طبيعة العلاقات بين الحكام والمحكومين تستنبط الإجراءات غير الديمقراطية والديمقراطية لتأسيس الدساتير.

المطلب الأول: الأساليب غير الديمقراطية

هذه الإجراءات توصف على هذا النحو لأنها تستثني الأفراد من عملية صياغة الدستور واعتماده أو تجعل مشاركتهم محض ،في الحالة الأولى لدينا أسلوب المنحة ،وفي الحالة الثانية لدينا أسلوب العقد.

الفرع الأول : أسلوب المنحة

ان الإجراءات الاستبدادية لتأسيس الدساتير بامتياز هي أسلوب المنحة لها مثل الدساتير المكتوبة ،طابع قانوني فوقي يمكن منحها أو التفاوض بشأنها.

ان الدستور الممنوح ليس تعبيرا عن الإرادة الوطنية ولكنه ينطلق من لفتة أحادية الجانب لأصحاب السلطة التأسيسية، وغالبًا ما يعكس إرادة صاحب السيادة لمنح دستور لشعبه من أجل السماح لهم بالمشاركة في ممارسة السلطة.

غير أن الواقع بخلاف ذلك حيث تجبر الظروف أيا كانت على النحو السابق الحاكم الى انقاذ نفسه وإنقاذ كبريائه وهذا بعدما أجبرته تيارات التغيير على ذلك التنازل عن سلطانه أو جزء منهن وهو ما أقدم عليه لويس الثامن عشر في فرنسا من اصدار دستور 1814 في شكل منحة.

الفرع الثاني: أسلوب العقد:

يكون الدستور قد صدر في شكل عقد اذا تم وضعه بالاتفاق بين الحاكم من جانب والشعب من جانب أخر ،وعلى هذا النحو لا تنفرد ارادة الحاكم بوضع الدستور كما هو الحال في صدور الدستور في شكل منحة ، لاتنفرد الأمة وحدها بوضع الدستور ،وإنما يكون الدستور تبعا لطريقة العقد جماع ارادتين ، ارادة الحاكم وإرادة الأمة فهو عمل مشترك بين الحاكم والأمة.

ومن الناحية العملية يقوم ممثلو الشعب الجمعية التأسيسية بوضع مشروع الدستور ثم يعرضونه على الحاكم الذي يوافق عليه ويوقعه وبهذا تلتقي الارادتان ويتم وضع الدستور، ومن الأمثلة عن هذا الأسلوب في نشأة الدساتير الدستور الفرنسي لعام 1830 الذي صدر في أعقاب ثورة يوليو 1830 ضد الملك شارل العاشر ، والدستور العراقي الصادر في 1925، والدستور الكويتي الصادر سنة 1962.

المطلب الثاني : الأساليب الديمقراطية

تجعل الديمقراطية الشعب مصدر كل سلطة سياسية، وبالتالي ، فإن السلطة التأسيسية ،أي المظهر الأساسي للسيادة هي ملك للشعب.

يمكن أن يُعهد بالإعداد الفني للوثيقة الدستورية إلى جمعية منتخبة خصيصًا، أوإلى حكومة،أو وفقًا لعملية مختلطة تستدعي مشاركة الشعب.

الفرع الأول : أسلوب الجمعية التأسيسية

يمكن أن تكون صياغة دستور جديد من عمل جمعية منشأة خصيصًا. يمكن أن يكون هذا التجميع محددًا أوعامًا.

من خلال هذه العملية يتم دعوة أفراد لانتخاب ما يسمى الجمعية التأسيسية التي سوف يعهدون إليها بمهمة صياغة الدستور ،وهي جمعية مخصصة ،أي غير دائمة الوجود ينتهي بميلاد الدستور.

إذا كانت الجمعية التأسيسية سيدة فإنها تصوغ الدستور وتعتمده ؛ أما إذا كانت غير سيدة فهي تضع الدستور ويقره الشعب.

والمثال على ذلك: الدستور الفرنسي للأعوام 1791 و 1848 و 1875؛ الدستور الأمريكي لعامي 1776 و 1787.

الفرع الثاني :الاستفتاء الشعبي

يبدو أنها الطريقة الأكثر ديمقراطية لتأسيس الدساتير لأنها تشرك الأفراد في صياغة الدستور. يتم الانتهاء من مشروع الدستور من قبل الجمعية التأسيسية ، ولكن يجب أن يصادق عليه الشعب ليكون كاملاً قانونياً.

مثال: الدستور الفرنسي الصادر في 27 أكتوبر 1946

كذلك اتبعت هذه الطريقة ايطاليا في دستورها لعام 1948 ، والجزائر في معظم دساتيرها دستور 1976 ،ودستور 1989 ، الدستور الحالي .

سواء كان ذلك من عمل الشعب أم لا، فإن مسودة الدستور لا يمكن أن تنتج آثارًا قانونية إلا بعد أن يصدرها رئيس الدولة.

أخيرًا بما أن الدستور لم يُوضع للأبد، يجب تعديله من أجل تكييفه مع المتطلبات الجديدة للمجتمع، ومن هنا جاءت فكرة مراجعته.

المقطع الثاني: طرق تعديل الدساتير

تطرح مراجعة الدستور مشاكل فنية غالبًا ما يكون لها آثار سياسية. من الناحية الفنية، تهدف إلى تصحيح أوجه القصور في الدستور أو الاستجابة لحاجة التغيير التي عبر عنها النظام السياسي.

ومع ذلك يمكن أن يكون انعكاسًا سياسيًا لهيمنة الطبقة التي تسعى بعد ذلك إلى إدراج المبادئ الأساسية التي توجه أيديولوجيتها.

المطلب الأول : اجراءات التعديل

هناك مجموعة متنوعة من إجراءات مراجعة الدستور مهما كان الإجراء المتبع فإنه يتألف دائمًا من ثلاث مراحل مبادرة المراجعة والنظر في النص الخاص بالمراجعة الدستورية واقراره.

الفرع الأول :المبادرة باقتراح التعديل

يطلق على مبادرة المراجعة سلطة إطلاق التعديل الدستوري. يُمنح الحق في اقتراح تعديل الدستور وفقًا للطابع الديمقراطي أو غير الديمقراطي للأنظمة السياسية أو توازن القوى أو اختلالها.

في الماضي كانت المبادرة حصرية كانت إما للسلطة تنفيذية أو السلطة التشريعية، لكن اليوم مبادرة المراجعة مشتركة بشكل عام وهو ما أخذت به معظم الدساتير الحديثة، ومن بينها الدساتير الفرنسية لعام 1875، 1946، 1958.

كما أحذ بهذا الأسلوب الدستور الجزائري لعام 1963ن والدستور الحالي حيث أسندا هذه المهمة بالمبادرة لرئيس الجمهورية والبرلمان.

وتحظى هذه المبادرة كذلك بشعبية في بعض البلدان هذا هو الحال في سويسرا حيث يكفي 100،000 توقيع لبدء إجراء المراجعة.

الفرع الثاني :فحص التعديل

الهدف من هذه المرحلة من الإجراء هو السماح للهيئة المختصة بأخذ مبادرة المراجعة بعين الاعتبار لمناقشة مزايا المراجعة لتقرير ما إذا كان ينبغي متابعة المبادرة أم لا.

بشكل عام عندما يتم تقديم نص للمراجعة الدستورية ويؤخذ في الاعتبار يجب تطويره ، أي صياغته بالشكل المناسب عندها فقط يمكن تقديمه لاقراره.

وكقاعدة عامة تسند معظم الدساتير مهمة اقرار التعديل وفحصه وإعداده للبرلمانات ، مع اشتراط ضرورة توافر شروط معيبنة ، كاشتراط أغلبية معينة ، أو اجتماع البرلمان بغرفتيه على شكل مؤتمر.

الفرع الثالث : اقرار نص مراجعة الدستور

هذه هي المرحلة الأكثر جدية في عملية المراجعة. كقاعدة عامة الاقرار النهائي هو من تصرف الشعب الذي تم استدعاؤه للاستفتاء ،ومع ذلك وبسبب الطبيعة المرهقة غالبًا ما يكون الأمر متروكًا للبرلمان لاعتماد مراجعة الدستور بأغلبية مؤهلة بمعنى آخر الحل يختلف من دولة إلى أخرى.

بمجرد الموافقة عليه عن طريق الاستفتاء، أو عن طريق التصويت البرلماني يصدر رئيس الجمهورية نص التعديل الدستوري وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ليكون ملزمًا.

المطلب الثاني : نطاق التعديل الحظر الموضوعي والزمني

سلطة المراجعة محدودة من حيث الغرض والظروف والوقت، فقد يتقرر في الدستور عدم جواز تعديله كلية بصفة دائمة أو مؤقتة، وهو ما يعرف بالحظر الزمني، أو يمنع فقط تعديل بعض النصوص وهو ما يسمى بالحظر الموضوعي.

بالتالي فإن بعض مسائل الدستور غير مسموح بها أو محظورة من المراجعة. في الولايات المتحدة الأمريكية ، يُحظر تقويض مبادئ التمثيل المتساوي للولايات الفيدرالية في مجلس الشيوخ.

وهذه المسائل التي يحظر تعديلها تتعلق أساسا بنظام الحكم أو المبادئ ن كالشكل الجمهوري والتعددية الحزبية والإسلام واللغة العربية والأمازيغية التي تعرف في الجزائر بالثوابت الوطنية ن والتي نص عليها الدستور الحالي.

في بعض الحالات لا يُسمح بمراجعة الدستور إلا بعد فترة زمنية معينة، وقد ينص المؤسس الدستوري على حدود زمنية لتنفيذ المراجعة لتجنب تعديل مفاجئ للغاية. تميل هذه الحدود إلى تجنب المراجعات المتسرعة للغاية.

والمثال على ذلك حظر الدستور الفرنسي لعام 1791 مراجعته قبل انقضاء ثلاث فترات تشريعية.

في الجزائر يحظر دستور 1996 تعديله عند تولي رئاسة الدولة بالنيابة في الفترتين المنصوص عليهما في المادتين 88 و 89.

نخلص في الأخير الى أن تعديل الدستور أي دستور لايتوقف على كونه مرنا أو جامدا ،وانما يتوقف على مدى اقتناع الجماعة السياسية به ومدى التعديل طبقا للتطورات التي تمر بها وضرورة مواجهة التغير ،فاذا استشعرت الجماعة أنها في حاجة الى تعديل دستورها أقدمت عليه حتى ولو تضمن من النصوص مايحظر هذا التعديل .

ثم ان التعديل هو بالتعريف لمواجهة التطورات والمتغيرات وسد الثغرات التي يمكن أن تنتج من لزومية التغيير ،ومن هنا يمكن القول أنه يجب الاستجابة الى التعديل حرصا على الدولة وحرصا على الدستور ذاته فيما يتطلب بالضرورة تعديله.

ومن هنا يمكن القول بأن النصوص التي تحظر التعديل تتنافى مع مقتضيات التغيير كما تجافي كذلك المبادئ الدستورية العامة والهامة.

ان أي تعديل أوتغير للدستور يجب أن يصب في اطار تحقيق أهداف الأمة وحماية الحقوق والحريات العامة للشعب وسد الفجوة بين المنجز والمطلوب انجازه ،وبين المطلوب تحقيقه وبين المحقق فعلا.

الدساتير:

- الدستور الجزائري الصادر في : 10 سبتمبر 1963

- الدستور الجزائري الصادر في :22 نوفمبر 1976

- الدستور الجزائري الصادر في :23 فبراير 1989

- الدستور الجزائري الصادر في :28 نوفمبر 1996 ، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد 82 بتاريخ 30ديسمبر 2020 ص04.

الكتب :

- سعيد بوالشعير،القانون الدستوري والنظم السياسية،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2000.

- قزو محمد أكلي،دروس في الفقه الدستوري،دار الخلدونية،الجزائر،2004.

- سعاد الشرقاوي،النظم السياسية في العالم المعاصر،دار النهضة العربية،القاهرة،2008، يمكن تحميله من الرابط التالي : -http://abdeljalil-mabrour.blogspot.com/2015/01/pdf_24.html

المكتبة القانونية العربية : https://www.bibliotdroit.com

المواقع الالكترونية

Fichier PDF محمّد رضا بن حمّاد - parالدستوري- بن حماد-
https://www.fichier-pdf.fr

تحميل كتاب القانون الدستوري النظرية العامة د حسن مصطفى ...
https://www.noor-book.com

-

جامعة التكوين المتواصل

Université de la formation continue

سنة أولى ليسانس حقوق

Première année licence LMD droit

Le module :

Technique de terminologie juridique

Le coefficient : 02 **Le crédit : 02**

Le module de technique de terminologie juridique est inscrit dans le cadre de la réalisation du programme de la première année licence LMD droit, à cet effet on a envisagé de commencer le module par une approche thématique en introduisant une culture juridique (un vocabulaire différent à celui d'usage courant) qui se caractérise par sa précision et son exactitude.

- **Chapitre introductif :**

- La première section est dédiée pour les différentes acceptions du mot terminologie
- Un test a pour objet de vérifier la culture juridique des étudiants

- **Chapitre 01 : Les différentes significations du mot « DROIT»**

A la fin de ce chapitre l'étudiant sera capable :
-De distinguer le droit objectif et les droits subjectifs.
-De définir en arabe et en français des termes juridiques.
-D'expliquer un concept juridique français en arabe.
-D'appliquer son savoir-faire méthodologique

- **Chapitre 2 : La règle de droit**

A la fin de ce chapitre l'étudiant sera capable :
-De connaitre et de définir la règle de droit et ses caractéristiques
-D'identifier les règles de conduites.

Djelfa 2021

Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique

Université de la formation continue

Première Année Licence LMD premier semestre

Terminologie Juridique

Les attentes : 1- plusieurs lectures attentives sont recommandées avec prise de notes 2- construire un glossaire des concepts

Objectifs : déterminer ce que l'étudiant sait au début (sa culture juridique)

Stratégie : travail individuel

Trois sens pour le mot terminologie :

1) *Une* ***terminologie*** *est un* ***ensemble de termes spécialisés*** *relevant d'un* ***même domaine*** *qui a son vocabulaire propre : terminologie du droit, de la médecine, de l'informatique, du sport,…*

2) *Le mot* ***terminologie*** *désigne aussi une* ***activité*** *: repérer, d'analyser et, au besoin, créer le vocabulaire pour une technique donnée, dans une situation concrète de fonctionnement, de façon à répondre aux besoins d'expression des usagers. Chaque notion nouvelle doit être définie avec précision et désignée par un terme, le plus adapté, le plus clair possible. L'activité terminologique est proche de la* ***traduction****, se fondant sur le sens d'une notion pour donner des termes équivalents d'une langue à l'autre.*

3) *C'est enfin une* ***discipline linguistique*** *qui étudie les termes qui désignent les notions en langue de spécialité. Ces termes sont inclus dans un réseau de signes linguistiques : des phrases, et au-delà des phrases, dans une organisation discursive spécifique. Ce contexte textuel donne leur sens aux termes, non pas une fois pour toutes mais dans un processus constant d'adaptation. Cette variation terminologique est le reflet des évolutions de la société en général et du domaine concerné en particulier. Donc :*

Terminologie *: Ensemble des termes qui représentent un système de notions d'un domaine particulier.*

Terme *: Désignation au moyen d'une unité linguistique d'une notion définie dans une langue de spécialité.*

---

http://www.culture.fr/Ressources/FranceTerme/Qu-est-ce-que-la-terminologie

Application :

La langue juridique tire, pour une large part, son origine du langage du droit romain, il est utile pour la bien comprendre et la bien connaître, d'étudier le vocabulaire juridique latin ; et le vocabulaire de la Charia quand il s'agit de la langue arabe afin d'éviter des contresens graves. Il importe d'ailleurs quand on traduit ; de se défiler des similitudes apparentes de ces mots que certains philologues nomment les faux amis parce que nous croyons les connaitre et qu'ils nous trompent sur leur sens véritable. Que le législateur ait besoin de posséder à fond le langage juridique cela n'a besoin d'être démontrer « les paroles de la loi doivent se peser comme des diamants »

Activité 01

Objectif : se familiariser avec le vocabulaire juridique

Consigne : Traduire les termes juridiques suivants en arabe

Stratégie : Travail individuel

Terme en français	Terme en Arabe
Animus	
Huis clos	
Fructus	
Attendu	
Bien-fondé	
Cession	
Usus	
Accipiens	
Corpus	
Hoirie	
Abusus	
Bonne foi	
Obligation civile	
Consensualisme	
Usucapion	
Minute	
Droit réel	
Possession	
Coutume	
Fait juridique	

Stratégie : TPS (penser / comparer / partager)

Activité 02

Objectif : se familiariser avec le vocabulaire juridique

Consigne : définir les termes juridiques suivants en arabe

Stratégie : TPS (penser, comparer, partager)

Obligation civile – Fructus – Consensualisme – Abusus – Usucapion – Minute - Bonne foi - Droit réel - Possession – Possession – Coutume - Fait juridique- Bien-fondé – Hoirie – Usus - Huis clos – Animus – Attendu -

Section N°01 : **Les différentes significations du mot « DROIT»**

Les attentes : *1- Plusieurs lectures attentives sont recommandées avec prise de notes*
2- Construire un glossaire des concepts

Objectifs : - Identifier les différentes acceptions du terme **DROIT**

- Distinguer le droit objectif du droit objectif

-DOCUMENT 1 / Extrait de l'article de M.J. DABIN, Théorie et philosophie du droit, Encyclopédie Universalise, paris, 1980, P. 797.

Le mot « droit » étant un de ces termes à significations multiples comme on en rencontre souvent dans le domaine des sciences morales et sociales, (..)

Si l'on interroge les philosophes et les moralistes, et aussi l'homme profane, le droit est l'objet de la justice, vertue qui consiste à rendre à chacun le sein.

Cette acception du mot « droit », qui aboutit à une assimilation du droit à la justice, est légitime, d'autant plus qu'elle peut se prévaloir d'un large usage. Cependant, pour les juristes, le droit est, en premier lieu, la règle de droit, c'est à dire une norme d'un certain type venant régir le comportement des hommes en société

D'autre part, on distingue, depuis l'antiquité, entre le droit dit positif, qui est la règle édictée par l'autorité compétente, et le droit dit naturel, qui est inscrit dans la nature de l'homme, indépendamment de toute intervention d'une règle positive. Enfin, sous un autre aspect, on distingue entre le droit dit objectif, qui est la règle de droit..., et le droit dit subjectif, qui est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif.

Entre ces acceptions diverses existent évidement des liens, ce qui explique les chevauchements de terminologie. (...)

-DOCUMENT 2 / Les divers sens du mot « Droit » -Extrait du Precis dalloz Droit civil

- Qu'est-ce que le droit ? Le mot a plusieurs sens. Celui qui, probablement, vient le premier à l'esprit se relie à l'existence de règles canalisant l'activité des hommes en société. Dans cette perspective, l'image de formes ou de barrières apparaît assez vite. C'est pour en pénétrer les ressorts que, par vocation ou souvent par l'effet de quelque attentisme, voire de quelque curiosité, l'on s'oriente vers des études de droit. Souvent mal connu, souvent confondu, consciemment ou non, avec la seule et pure Justice, le droit correspond en réalité à une nécessité inhérente à toute vie en société ; et à mesure que les sciences de la société, ou sciences sociales, ont accru leur influence, son caractère scientifique s'est renforcé.

Encore faut-il, ne serait-ce pour le moment qu'à des fins méthodologiques, définir ce qu'il faut entendre par droit. Il est des systèmes juridiques ou politiques dans lesquels la signification du mot est unique, et où celui-ci ne sert à désigner que des règles gouvernant la vie des hommes en société (droit anglais, droit japonais, par ex.). Tel n'est pas le cas de notre système, et de beaucoup d'autres. Le mot droit y désigne deux ensembles qui différent profondément, même s'ils se situent au sein d'une harmonie qui les accorde ou les sublime. A la faveur provisoire de la majuscule on peut alors poser d'emblée la distinction essentielle :

1/- Le « Droit », c'est un ensemble de règles de conduite qui dans une société donnée - et plus ou moins organisée - régissent les rapports entre les hommes. A cet ensemble, on applique aussi pour plus de précision, l'expression de droit objectif.

2/- Les « Droits », ce sont les prérogatives que le « droit » -ou droit objectif- reconnaît à un individu ou à un groupe d'individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres, en invoquant, s'il y a lieu, la protection et l'aide des pouvoirs publics, disons au sens large, de la société : droit de propriété, droit de créance, droit de vote... il se peut que des considérations d'ordre philosophique ou politique aboutissent à une remise en cause plus ou moins profonde de cette seconde catégorie . Le fait est pourtant qu'elle résiste assez bien dans la réalité et dans l'esprit. En suivant son sillage, on voit se dégager d'autres définitions qui permettent la compréhension des phénomènes juridiques : le titulaire du droit, attributaire d'une prérogative, est traditionnellement appelé le sujet du droit ; d'où l'expression de droits subjectifs par laquelle on désigne les droits ainsi entendus.

- Document 3 / - Extrait de « Clefs pour le droit « de R. LEGEAIS

Pour éviter toute confusion, on qualifie le mot droit, en recourant à l'expression de droit objectif, s'il s'agit de se référer à l'ensemble des règles juridiques; à celle de droit subjectif, quand on pense à une prérogative particulière, permettant à une personne d'exiger des autres le respect d'une situation dont elle profite, ou d'imposer à quelqu'un de faire ou de ne pas faire quelque chose .La notion de droit subjectif , comme celle du droit (objectif) , a donne aux juristes un sujet de grandes controverses.

Des contestataires de talent ont tenté de montrer que des règles générales, assez précises pour déterminer ce que doit faire chacun, dispensaient de créer, sous le nom de droits, des prérogatives individuelles. Mais ces règles précises, comment les mettre au point dans une société complexe ?

On voit mal, par exemple, comment des textes pourraient répartir une bonne utilisation des maisons d'habitation, des terres à cultiver, sans reconnaître à tel ou tel un droit précis, par exemple le droit de propriété.)

Les données psychologiques paraissent aussi de bons soutiens des droits subjectifs. Les pays socialistes ont seulement pu réduire le nombre des droits subjectifs, sans parvenir à les éliminer tous.

Activité 01

Objectifs : savoir ce que signifient les termes et expressions en langue arabe

Consigne 1 : -Traduire, du français à l'arabe, les termes suivants

Stratégie : travail individuel

Règle de droit.	Juridiquement.
Droit subjectif.	Juridique..
Prérogative	Judiciaire..
Pouvoir.	Justice..
Droit positif.	Légitime..
Droit naturel.	Juriste..
Norme.	Régir.
Prestation.	Réglementer.
Science juridique.	Autorité compétente
Philosophie du droit	Edicter.

Consigne 2- ***Traduire, du Français à l'arabe, les expressions juridiques suivantes :***

- A bon droit.
- En droit.
- Avoir un droit sur...
- Faire droit à...
- Pour valoir ce que de droit.
- A qui de droit
- De plein droit.

Stratégie : TPS (penser ; comparer ; partager)

Université de la formation continue
Centre de formation Djelfa
Techniques et Terminologies Juridiques.

LA RÈGLE DE DROIT

Première Année Licence LMD 2020/2021-
Document commun aux étudiants du droit privé et commun

Objectifs :
- **Lire les trois extraits**

Document I : Jean DABIN, théorie générale du droit, Paris, 1969. Membre de l'Académie royale de droit de Belgique.

A *la différence de la vérité, par exemple, le droit est, comme le langage, un phénomène de la vie social, il s'agit seulement de l'identifier parmi les autres phénomènes de même ordre, en relevant ses traits distinctifs et ses caractères spécifiques.*

P*our que la règle de droit apparaisse, il ne suffit pas qu'une personne se trouve en rapport avec une autre, il ne suffit même pas d'une pluralité de rapports interindividuels entre des personnes plus au moins nombreuses (chez HEGEL : société civile), à ce plan, la morale est seule à intervenir, avec pour précepte premier, celui de la justice, qui oblige chacun au respect de l'autre.*

La règle de droit ne prend naissance qu'à la condition que des hommes formant groupe, non seulement par la participation à certains traits communs (race, langue, etc.), mais sur le fondement d'une société constituée en vue d'une fin et pourvue d'une organisation au service de cette fin. Le droit n'est alors plus une simple règle de vie sociale, il est la règle qui régit les rapports entre les hommes groupés dans des liens sociétaires.

Diverses, sont les sociétés organisées, il y a les sociétés ***temporelles*** *à fin profane, ainsi les Etats,* ***spirituelles*** *à fin religieuse, sociétés* ***privées*** *à fin d'intérêt privé, et les sociétés* ***publiques*** *à fin d'intérêt public, et les sociétés* ***nationales*** *et celle* ***internationale****.*

L'Etat a la prééminence, et par conséquent, son droit prévaut, cette conception d'un droit nécessaire lié à l'Etat quelque soit sa forme, a été contestée, du fait de l'existence d'un droit au moins élémentaire au sein de groupes sociaux qui ignorent l'organisation politique.

Du moment que la règle de droit est liée à l'existence d'un ordre sociétaire, donc l'Etat, il n'est de règle de droit que celle qui est posée par l'autorité publique (ainsi pour la loi), ou, du moins, reçue et agréée par elle (ainsi pour la coutume judiciaire) Logiquement, c'est aux organes directeurs du groupe (dans l'Etat : le pouvoir politique) que revient la tâche d'édicter pour les fonctionnaires et pour les citoyens, les règles de conduite nécessaires. Quels sont, au sein des Etats, les organes qualifiés pour poser le droit ? C'est un problème préliminaire, dont

la solution est donnée dans la constitution écrite ou coutumière de chaque pays. L'organe créateur de la règle sera alors, selon le régime politique, ou un homme seul, ou un collège, ou une assemblée, ou le peuple tout entier (démocratie directe, référendum législatif). Mais il ne faudra pas oublier le rôle plus indirect, mais très effectif des tribunaux, eux aussi organes de l'autorité publique, dans la formation de la règle de droit.

<u>*DOCUMENT*</u> II/ Extrait du cours d'introduction à la science juridique du professeur SALAH - BEY M.C professeur à l'Université d' ALGER . O.P.U. ALGER.

La règle de DROIT présente trois caractères : elle est impérative, générale et contraignante, le caractère impératif de la règle juridique signifie qu'elle contient un commandement. Il peut se traduire par un ordre positif, c'est-à-dire par une obligation de faire exemple : le service national, le service civil, le paiement des impôts. Il faut imposer un ordre négatif c'est à dire une habilitation, exemples : l'interdiction de voler, la prohibition dans le port d'arme.
Les règles de DROIT coexistent avec des règles de vie sociale qui imposent des contraintes et qui tendent à instaurer la justice et la charité. Il s'agit des règles morales et religieuses avec les quelles les règles juridiques présentent d'évidentes analogies. D'ailleurs dans les sociétés anciennes, le DROIT s'est longtemps confondu avec la morale et même la religion. La sévérité des mœurs et la contrainte imposée par la religion permettent d'instaurer un cadre social. Le DROIT est alors soit inexistant, soit assimilé à ces règles. Le vol, le meurtre ou le déplacement des bornes d'une propriété sont condamnés par la conscience morale et religieuse. Si le droit moderne tend à distinguer le droit des règles morales et religieuses ainsi que des usages, cette séparation n'est jamais totale.

<u>Document III</u> : Jean DABIN, théorie générale du droit, Paris, 1969. Membre de l'Académie royale de droit de Belgique.

***P**our la détermination du contenu des règles, de nombreuses différences nous intéressant apparaissent. **T**andis que le droit est un instrument, parmi d'autres, relevant de la politique générale, de réalisation effective du bien public, la règle morale n'a pas de fonction instrumentale ; elle explicite simplement ce qui est à faire et à ne pas faire dans les domaines de l'agir humain.*

Tandis que la règle de droit et obligée de tenir compte de l'opinion publique, de peur que sa disposition ne soit inefficace ou même ne tourne finalement contre le bien public, la règle morale est, de soit, insensible à ces contingences

Tandis que la règle de droit, pour être applicable, est assujettit à une technique de formulation et de mise à exécution, la règle morale n'a pas besoin de truchement des sources formelles, ni même des concepts et des mots pour s'imposer aux consciences. D'autre part l'observation en est libre, sans l'intervention d'organes extérieurs d'application.

Aussi bien, distinction, n'est pas séparation. Nonobstant les distinctions des fins et des fonctions, très souvent le droit fait sienne l'exigence morale, ainsi spécialement quand il met son impératif au service de la justice. Rendre à chacun le sien, c'est d'abord une règle morale, mais c'est aussi normalement l'exigence du bien public, et par conséquent, du droit. A fortiori, le droit ne peut contredire la morale en commandant ce qu'elle défend, en interdisant ce qu'elle prescrit

Document VI : Jean DABIN, théorie générale du droit, Paris, 1969. Membre de l'Académie royale de droit de Belgique.

***O**n voit dès à présent, et toujours d'un point de vue formel que le droit et la morale se différencient par une série de traits.*

La morale dépasse le cadre sociétaire. En dehors de la vie sociétaire, il y a dieu, vis à vis duquel l'homme, fut-il isolé, à des devoirs ; il y a la personne même de l'individu, dont celui-ci ne peut pas disposer comme s'il était le maître absolu de son être, et des puissances de son être. Il y a les autres hommes pris individuellement auxquels il doit la justice et l'entraide. Or, de ces devoirs moraux extra sociétaire, le droit n'a pas la charge, à moins toutefois que leur violation n'ait des incidences défavorables pour la société.

La morale gouverne non seulement les actes et les abstentions, mais aussi les intentions et les voulions, même s'ils sont cachés. Le droit au contraire ne peut connaître des intentions et des voulions que pour autant qu'ils soient extériorisés dans un comportement positif (acte) ou négatif (abstention). Le droit a un domaine moins étendu que la morale.

Sont assujettit au droit, *non seulement les individus, personnes physiques, mais les groupements, personnes morales. Tandis que la morale ne s'adresse qu'aux personnes physiques, seules douées de conscience – y compris d'ailleurs les personnes physiques agissant comme organe de personnes morales (Etat, gouvernants). Car cette qualité ne les dispense pas dans l'exercice de leurs fonctions au service de la personne morale, de respecter la loi morale commune. Réserves faites des règles morales positives édictées par un législateur divin ou humain, le principe inspirateur de la morale se trouve dans la conscience morale de l'homme, guidé pour l'application aux situations concrètes, par la vertu morale de prudence. Le droit est posé du dehors par l'autorité compétente. La règle morale a sans doute ses sanctions, dès ici-bas ou dans l'autre monde, mais, sauf pour le devoir de justice, qui donne lieu à défense ou revendication, elle n'est accompagnée d'aucune contrainte. L'exécution forcée d'un précepte moral enlèverait à l'acte accompli de force toute valeur morale.*